

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La responsabilidad patrimonial de los países miembros de
la Comunidad Andina frente a los particulares por
incumplimiento del derecho comunitario**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

María Ángela Sasaki Otani

DIRECTORA

Carmen Martínez Capdevila

Madrid, 2018



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
ORTEGA Y GASSET

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES**

Tesis Doctoral

**“LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE
LA COMUNIDAD ANDINA FRENTE A LOS PARTICULARES POR
INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO”**

Doctoranda

MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI

Directora de la Tesis

**PROF^a DRA. D^a CARMEN MARTÍNEZ CAPDEVILA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (UAM)**

Madrid, 2017

Agradecimientos

Al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), a sus empleados, funcionarios y magistrados, por los enriquecedores y entrañables 8 años en Quito, Ecuador; lugar en donde tuve el privilegio de ejercer como Abogada Asesora de la Magistratura de la República del Perú y de la Presidencia de dicha corte internacional.

Al Dr. Ricardo Vigil Toledo, Magistrado Principal por la República del Perú y Presidente del TJCA (2002-2013), maestro y mentor, por su inspiración y apoyo incondicional para la realización del Doctorado.

A la Prof. Dra. Carmen Martínez Capdevila, tutora de la presente tesis, por su invaluable dirección, aporte y confianza. Por ella me llevo una experiencia académica y personal que ha marcado en mí una huella permanente.

A Gustavo García Brito, Secretario General del TJCA, por su brillante amistad y guía.

A Werner Miguel Kühn y a Mariana Peña-Pinon, por su cercanía y grata amistad a pesar de la distancia.

A mis queridos padres y a mis hermanas, mis tres mejores amigas, por su cariño y amor infinito.

A Claudio Castañeda Peñaloza, *Magister Ludi* en *Ius Poética*, por ser el mejor cómplice en este y en muchos caminos que nos quedan por recorrer. Por el amor que irradia y la luz que pone a mi vida.

Finalmente, mi gratitud eterna a Madrid y, en especial, al *Qoyllur Riti*.

A todos Ustedes agradezco y dedico este trabajo.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
ABREVIATURAS Y SIGLAS	5
RESUMEN EN ESPAÑOL.....	9
RESUMEN EN INGLÉS.....	15
INTRODUCCIÓN	21

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

1. La “Comunidad Andina” (CAN).....	33
1.1. Una presentación somera de los elementos más sobresalientes de la CAN. 33	
1.2. La crisis de la CAN.....	38
2. El Sistema Andino de Solución de Controversias	44
2.1. La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA)	44
2.1.1. Presentación de la SGCA	44
2.1.2. Poderes de la SGCA en el control del cumplimiento del Derecho andino por los países miembros	45
2.1.2.1. El procedimiento administrativo de la SGCA	46
2.1.2.2. La fase precontenciosa de la acción por incumplimiento ante la SGCA	48
2.2. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).....	57
2.2.1. Presentación del TJCA.....	57
2.2.2. Poderes del TJCA	67
2.2.2.1. La interpretación prejudicial.....	69
2.2.2.2. La acción por incumplimiento	75

CAPÍTULO II

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA CAN

1.	Consideraciones generales	81
1.1.	Los orígenes de los artículos 30 y 31 del TCTJCA	84
1.2.	La relación excluyente entre las vías de los artículos 30 y 31 del TCTJCA.	87
1.3.	La prácticamente nula utilización de los artículos 30 y 31 del TCTJCA	89
2.	El régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que interpone una acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 30 del TCTJCA).....	95
2.1.	La naturaleza declarativa de la sentencia por incumplimiento	96
2.2.	Los efectos <i>ex tunc</i> de la sentencia por incumplimiento.....	98
2.3.	La ejecución de la sentencia por incumplimiento.....	99
2.4.	¿Quiénes pueden aspirar a la reparación mediante la sentencia por incumplimiento como “título legal y suficiente”?	103
2.5.	¿Proceso ejecutivo o proceso ordinario?	106
2.5.1.	Proceso ejecutivo	106
2.5.2.	Proceso ordinario	108
3.	El régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que no interpone una previa acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 31 del TCTJCA).....	112
4.	Aspectos comunes (y diferentes) de los mecanismos previstos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA	119
4.1.	La común remisión al Derecho nacional	119
4.2.	La diferencia en el <i>dies a quo</i>	125
4.3.	La común contribución al <i>enforcement</i> privado del Derecho andino	128
4.4.	La diferencia en la forma de lograr el <i>enforcement</i> privado del Derecho andino.....	133

CAPÍTULO III

LOS REQUISITOS SUSTANTIVOS EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 31 DEL TCTJCA PARA COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA CAN: UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

1.	Los requisitos sustantivos en el marco del artículo 31 del TCTJCA para comprometer la responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho de la CAN	139
1.1.	La afectación de derechos de los particulares.....	145
1.2.	La existencia de un “incumplimiento flagrante”	148
1.2.1.	La necesidad de un incumplimiento cualificado del Derecho andino	148
1.2.2.	La cuestión del margen de apreciación de los países miembros de la CAN y la exigencia de un incumplimiento cualificado	152
1.2.3.	El concepto del “incumplimiento flagrante”	160
1.2.3.1.	Supuestos de “incumplimiento flagrante” establecidos en la normativa y en la jurisprudencia andina	163
1.2.3.2.	Otros supuestos posibles de “incumplimiento flagrante”	172
2.	El margen de apreciación de los países miembros en el ordenamiento jurídico andino	174
2.1.	El Derecho originario andino	179
2.2.	El Derecho derivado andino.....	184
2.2.1.	Las Decisiones del CAMRE y de la Comisión de la CAN	190
2.2.2.	Las Resoluciones de la SGCA	198
2.2.3.	Dos casos prácticos	201
2.2.3.1.	El asunto <i>Pipeline</i>	201
2.2.3.2.	El asunto <i>Patentes de segundo uso</i>	203
2.2.3.3.	El juego de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN en ambos asuntos	206

CAPÍTULO IV

LA EQUIPARACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS DE LA CAN

1. El sistema de la UE como fuente de inspiración: la equiparación de la responsabilidad extracontractual de la UE y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros.....	209
2. Dos propuestas en relación con la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN	216
2.1. La creación de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN ante el TJCA	216
2.2. La equiparación de los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial de los países miembros y la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN	225
CONCLUSIONES	229
DOCUMENTACIÓN CITADA.....	241
ANEXOS	265

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADIFAN	Asociación de Industrias Farmacéuticas Nacionales
AEC	Arancel Externo Común
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AI	Acción por incumplimiento
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
AN	Acción de nulidad
ASINFAR	Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CAM	Código Aduanero del MERCOSUR
CAMRE	Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores
CAN	Comunidad Andina
CARICOM	Comunidad del Caribe
CCEE	Comunidades Europeas
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidad Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIJ	Corte Internacional de Justicia
COMEXI	Consejo de Comercio Exterior del Ecuador
ECOWAS	Comunidad Económica de Estados de África Occidental (por sus siglas en inglés)
EEE	Espacio Económico Europeo
EE.UU.	Estados Unidos de América
EFTA	Asociación Europea de Libre Comercio (por sus siglas en inglés)
ETJCA	Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (por sus siglas en inglés)
IEPI	Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

INTAL	Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe
IP	Interpretación Prejudicial
IVA	Impuesto al Valor Agregado
JUNAC	Junta del Acuerdo de Cartagena
MCCA	Mercado Común Centroamericano
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
NANDINA	Nomenclatura andina
NCM	Nomenclatura Común del MERCOSUR
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial de Comercio
RAE	Real Academia Española
SAI	Sistema Andino de Integración
SENAPI	Servicio Nacional de Propiedad Intelectual de Bolivia
SENIAT	Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria de Venezuela
SGCA	Secretaría General de la Comunidad Andina
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia
SICA	Sistema de la Integración Centroamericana
SNI	Sociedad Nacional de Industrias del Perú
SOFAVEN	Sociedad de Fabricación y Venta de Automóviles S.A.
STJCA	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCTJCA	Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLC	Tratado de libre comercio
TPR	Tribunal Permanente de Revisión
TUE	Tratado de la Unión Europea

UASB	Universidad Andina Simón Bolívar
UE	Unión Europea
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas

RESUMEN EN ESPAÑOL

“LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA FRENTE A LOS PARTICULARES POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO”

El objeto de estudio de la presente tesis doctoral gira en torno a la Comunidad Andina (CAN). El proceso de integración andino se inició con la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969. Actualmente, los países miembros son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Dentro del proceso de integración andino, nos enfocamos en el estudio de la responsabilidad patrimonial de los países miembros frente a los particulares por incumplimiento del Derecho comunitario.

En la CAN, ante una violación del Derecho comunitario, los particulares afectados en sus derechos cuentan con dos mecanismos para lograr una reparación de los perjuicios sufridos. Por un lado, pueden promover ante la Secretaría General de la CAN (SGCA) y ante el Tribunal de Justicia de la CAN (TJCA) una acción por incumplimiento, susceptible de desembocar en una sentencia condenatoria del Tribunal, que constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios (artículos 23 a 30 del Tratado de Creación del TJCA). Específicamente, el artículo 30 del Tratado de Creación del TJCA (TCTJCA) establece que: “La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

Por el otro, los particulares pueden, a estos mismos efectos, dirigirse directamente ante los tribunales nacionales a través de una acción reparatoria. El artículo 31 del TCTJCA establece que: “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del Derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

La configuración de las sentencias de incumplimiento dictadas por el TJCA como título legal y suficiente para reclamar una reparación en el ámbito interno fue introducida en el TCTJCA en 1996, merced al Protocolo modificadorio de Cochabamba. El mecanismo del artículo 31 del TCTJCA, en cambio, existe desde la creación misma, en 1979, del Tribunal; vale la pena destacar, a este respecto, que es anterior a la sentencia *Francovich* (1991), partida de nacimiento en la Unión Europea (UE) del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario.

El hecho de que estos mecanismos prácticamente no se hayan empleado (con la excepción del asunto *Sofaven*) sin duda explica la escasa jurisprudencia —tanto nacional como comunitaria— y, a buen seguro, también explique la falta de doctrina especializada sobre este tema, pese a su relevancia, su gran actualidad y su aplicación en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. La presente tesis doctoral aspira a constituir una aportación al estudio de ambos mecanismos.

Dadas las lagunas referidas, en la tesis se toma como elemento referencial la configuración de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario en la UE, régimen de responsabilidad patrimonial que es seguido también por la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o EFTA, según sus siglas en inglés). Esta metodología y técnica de investigación comparativa se justifica por varios motivos: las entonces Comunidades Europeas (CCEE) constituyeron una inspiración cuando se concibió la CAN; en este sentido, tanto la CAN como la actual UE son procesos de integración supranacionales, cuyos fines no se limitan al plano económico, sino que buscan además una cohesión social y política; más allá de su concepción, la CAN guarda cierta semejanza formal con la UE y esta, que representa el proceso de integración más avanzado actualmente existente, constituye un modelo de referencia.

La importancia del tema objeto de estudio radica en que la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por el incumplimiento del Derecho comunitario viene a completar el sistema que regula las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos internos. Asimismo, tendría como efecto una mayor

diligencia de los países miembros en cumplir —y hacer cumplir— el Derecho comunitario, así como una mayor protección de los derechos de los particulares.

En consecuencia, resulta ser un tema trascendental por la participación de los particulares y los jueces nacionales, y porque cabe pensar que mediante una mayor solicitud de interpretaciones prejudiciales en el marco del artículo 31 del TCTJCA se ampliarían los temas que conoce el TJCA. A este propósito, conviene señalar que, a pesar de que el TJCA es la tercera corte internacional más activa del mundo —luego del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)—, el elemento cuantitativo esconde una falencia en el aspecto cualitativo, cual es que casi el 90% de sus sentencias tratan exclusivamente sobre propiedad intelectual. Al activarse el mecanismo directo ante el juez nacional (artículo 31 del TCTJCA), se podría esperar una mayor diversificación de las materias que caigan bajo el conocimiento del TJCA, vía interpretación prejudicial, tomando como motor la iniciativa del interés individual, tal como sucedió en la UE.

En la CAN podrían provocarse “círculos virtuosos”, donde todos los actores —públicos y privados— serían partícipes del proceso de integración, al incluir a los Estados miembros, los jueces nacionales, los órganos comunitarios, los particulares, los despachos de abogados o la academia, entre otros; y, naturalmente, procedentes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

La tesis doctoral se divide en cuatro capítulos.

El Capítulo I se dedica a analizar los aspectos generales del proceso de integración andino, tales como la creación de la CAN, sus objetivos y las características del Sistema Andino de Solución de Controversias. En este último punto, se estudia el papel de la SGCA y del TJCA, centrándose posteriormente en la interpretación prejudicial y en la acción por incumplimiento, por tratarse de las competencias relacionadas con la responsabilidad patrimonial de los países miembros frente a los particulares por incumplimiento del Derecho comunitario.

Todo ello se contextualiza en cierta situación de crisis que atraviesa la CAN, marcada principalmente por la retirada de Venezuela, la adopción de la Decisión 689 de la Comisión de la CAN 'Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los países miembros' y la adhesión de Bolivia y Ecuador al Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

El Capítulo II, titulado “El régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN”, se inicia con un estudio de los orígenes de los artículos 30 y 31 del TCTJCA, la relación excluyente entre ambas vías y su prácticamente nula aplicación, ahondando en los motivos de esta escasa utilización. Posteriormente, se profundiza en cada una de ambas vías.

Por un lado, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros que implica al TJCA (artículo 30 del TCTJCA), se analiza la naturaleza declarativa de la sentencia por incumplimiento, sus efectos *ex tunc* y su ejecución. Asimismo, se determina quiénes pueden aspirar a la reparación con dicha sentencia como “título legal y suficiente” y a través de qué vía procesal.

Por otro lado, en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial para los particulares que no interpusieron una previa acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 31 del TCTJCA), este mecanismo se inicia ante los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo que se estudia en qué casos se ha de solicitar la interpretación prejudicial.

Entre los aspectos comunes (y diferentes) de los mecanismos previstos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA se analiza la común remisión al Derecho nacional, la diferencia en el *dies a quo*, la común contribución al *enforcement* privado del Derecho andino y la diferencia en la forma de lograr dicho *enforcement*.

En el Capítulo III, consagrado a “Los requisitos sustantivos en el marco del artículo 31 del TCTJCA para comprometer la responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho de la CAN: una propuesta *de lege ferenda*”,

se analizan especialmente los requisitos de la afectación de derechos de los particulares y la existencia de un “incumplimiento flagrante”.

Este último concepto obliga a considerar el sistema de fuentes de la CAN para determinar si sus instrumentos y disposiciones dejan o no margen de apreciación a los países miembros. A este respecto, se puede desde ya adelantar que para establecer si una determinada medida o una determinada disposición deja margen de apreciación hay que estar al caso concreto y, más aún, a su contenido efectivo, pues el tipo de medida o incluso el título bajo el que se presente son irrelevantes. El Derecho europeo es, en este sentido, mucho más claro; aunque en este marco también hay que atender al contenido efectivo de la medida de que se trate.

Para cerrar, en el Capítulo IV se toma como fuente de inspiración la equiparación de la responsabilidad extracontractual de la UE y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros. En particular, se presentan dos propuestas *de lege ferenda* en relación con la responsabilidad extracontractual de la CAN: (i) La creación de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN ante el TJCA; y, (ii) La equiparación de los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial de los países miembros y la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN.

RESUMEN EN INGLÉS

SUMMARY

“FINANCIAL LIABILITY OF MEMBER COUNTRIES OF THE ANDEAN COMMUNITY VIS-À-VIS INDIVIDUALS FOR INFRINGEMENT OF COMMUNITY LAW”

This doctoral thesis focuses on the Andean Community (AC), which came into being upon the signing of the Cartagena Agreement on May 26, 1969. Its current Member Countries are Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. Within the Andean integration process we will address the financial liability of Member Countries vis-à-vis individuals for the infringement of community law.

In the event of an infringement of community law within the AC, the affected individuals have two remedies at their disposal to seek compensation for any damages. On the one hand, they may bring an action to declare non-compliance before the General Secretariat or the Court of Justice of the Andean Community. This claim may lead to a judgment of non-compliance issued by the Court, which shall constitute legal and sufficient grounds for the party to seek compensation for damages before the domestic judge (Articles 23 to 30 of the Treaty Creating the Court of Justice of the Andean Community).

Specifically, Article 30 of the Treaty Creating the CJAC (TCCJAC) is worded as follows: “A verdict of non-compliance issued by the Court, in the cases envisaged in Article 25, shall constitute legal and sufficient grounds for the party to ask the national judge for compensation for any damages or loss that may be due.”

On the other hand, for this same purpose individuals may also seek compensation by bringing an appeal before the domestic courts (Article 31 TCCJAC).

Article 31 TCCJAC provides the following: “Natural or legal persons shall have the right to appeal to the competent national courts, as provided for by domestic law, should Member Countries fail to comply with Article 4 of this Treaty in the event that

the rights of those persons are affected by that noncompliance.”

It was the Protocol of Cochabamba Amending the Treaty Creating the Court of Justice which, in 1996, provided that judgments of non-compliance issued by the CJAC amount to sufficient legal grounds to claim compensation domestically. In turn, the mechanism set forth in Article 31 TCCJAC exists since the very creation of the Court in 1979. It is worth noting that such mechanisms is previous to the *Francovich* judgment of 1991, which was the “birth certificate” of the principle of State liability for breach of EU law.

The fact that neither of those two mechanisms has been duly implemented to this date clearly explains the absence of any case law -either at the national or the community level- and specialized legal doctrine on such a relevant and topical issue which is also applicable in Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. Hence the novelty of this doctoral thesis, which seeks to contribute to the study of both mechanisms.

Given the aforementioned gaps, this thesis takes as a central element the European Union’s approach to State liability for breach of EU law, which is also followed by the European Free Trade Association (EFTA). This methodology and comparative research approach is justified on the following grounds: the former European Communities (EECC) served as an inspiration for the AC. Indeed, both the AC and the EU are supranational integration processes, not merely restricted to the economic domain but also seeking social and political cohesion. Aside from its conception, the AC formally resembles the EU, which is the most advanced integration process so far and, therefore, a reference model.

The importance of this topic stems from the fact that State liability for breach of community law vis-à-vis individuals ultimately completes the system governing the relationship between community law and national law. Furthermore, it would also foster Member States’ diligence in complying -and enforcing- community law, as well as greater protection of individual rights.

Therefore, this is a major issue due to the involvement of individuals and national courts, as well as because more preliminary or prejudgment interpretations may broaden the issues heard by the CJAC. Along these lines, it must be pointed out that although the CJAC is the world's third most active international court -following the European Court of Human Rights (ECHR) and the European Court of Justice (ECJ)-, the quantitative element conceals a qualitative flaw, i.e., 90% of the judgments deal exclusively with intellectual property claims. Enabling the direct mechanism before national courts should further diversify the matters heard by the CJAC through prejudgment interpretations elicited by individual initiative, as it happened in the EU.

“Virtuous circles” could be triggered within the AC, where public and private actors would be involved in the integration process, including, among others: Member States, national courts, community bodies, individuals, law firms, universities and scholars; and, obviously, coming from Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru.

This doctoral thesis is divided into four chapters.

Chapter I examines the general aspects of the Andean integration process, such as the creation of the AC, its objectives and the features of the Andean Community Dispute Settlement Mechanism. This last point addresses the General Secretariat and the Court of Justice, finally focusing on prejudgment interpretation and the action for non-compliance, i.e. the powers related to State liability vis-à-vis individuals for breach of community law.

All of the foregoing shall be considered in the context of the crisis faced by the AC, mainly shaped by Venezuela's withdrawal, the adoption of Decision 689 by the AC Commission “To adequate certain provisions of Decision 486 -Common Regulations on Industrial Property, granting rights to each country member of the Andean Community- to strengthen protection of Industrial Property rights through internal legislation”, and the incorporation of Bolivia and Ecuador to MERCOSUR.

Chapter II, entitled “The financial liability regime of AC Member Countries” begins with a study on the background of Articles 30 and 31 of the Treaty Creating the Court of Justice (TCCJAC). It also deals with the mutually exclusive relationship of

those two mechanisms and their actual lack of application, elaborating on the reasons for this. Subsequently, each mechanism is examined in more detail.

On the one hand, regarding the State liability regime under the CJAC (Article 30 TCCJAC) the declaratory nature of the non-compliance judgment, its *ex tunc* effects and its enforcement are analyzed. Following, there is an identification of those entitled to seek compensation on the “legal and sufficient grounds” provided by such ruling and the relevant procedure for that purpose.

On the other hand, concerning the liability regime for individuals who failed to file a previous appeal for non-compliance before the CJAC (Article 31 TCCJAC), this mechanism is first brought before domestic courts, so we study the cases where submission for prejudgment interpretation is required.

Amongst the common (and different) features of the mechanisms laid down in Articles 30 and 31 TCCJAC, the shared reference to domestic law is studied alongside the difference in the *dies a quo*, the common contribution to private enforcement of Andean law and the different ways to achieve such enforcement.

In Chapter III, devoted to “The substantive requirements to compromise the financial liability of member countries of the Andean Community for infringement of community law: a proposal of *lege ferenda*”, we examine the requirements for AC Member States to incur financial liability, in particular the impairment of individual rights and the existence of “flagrant non-compliance.”

The latter notion requires considering the system of sources of AC law in order to determine whether its instruments and provisions leave any margin of appreciation for Member Countries. In this regard, it can be stated from the outset that the margin of appreciation granted by a given measure or provision must be determined on a case-by-case basis, and giving special attention to its actual content, since the type of measure or its *nomen iuris* are irrelevant. In this respect, EU law is much clearer, although the content of each relevant measure must also be taken into consideration.

Finally, Chapter IV draws on the assimilation of EU non-contractual liability and State (financial) liability. In particular, two *de lege ferenda* proposals are addressed to the Andean legislator regarding non-contractual liability in the AC: (i) the creation of an autonomous remedy for non-contractual liability of AC bodies; and (ii) the assimilation of the material requirements for non-contractual liability within the AC and State liability.

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de la presente tesis doctoral gira en torno a la Comunidad Andina (CAN). El proceso de integración andino se inició con la firma del Acuerdo de Cartagena el 26 de mayo de 1969. Actualmente, los países miembros de la CAN son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Sobre la CAN, SOBRINO HEREDIA ha destacado lo siguiente:

“[j]amás en las Américas se ha llegado tan lejos en la institucionalización de las solidaridades regionales, jamás tampoco ninguna Organización internacional en ese continente ha contado con un ordenamiento jurídico tan rico como el Derecho andino, en fin, jamás ningún proceso de integración ha dispuesto de un Tribunal de Justicia con la actividad judicial que conoce el Tribunal de la Comunidad Andina. (...) *Esta experiencia forma parte del acervo americano y como tal enriquece la realidad de las organizaciones internacionales*”¹ (énfasis añadido).

Hacemos nuestras las palabras de QUINDIMIL, quien justifica la importancia de la CAN como objeto de estudio en lo siguiente:

“Creando como creemos que la CAN constituye seguramente el mejor ámbito de cooperación y de integración que conocen hoy en día esta serie de países afectados por graves y profundos problemas internos, y azotados por serias amenazas del proceso de globalización, nos ha parecido de interés jurídico, político y universitario el conocimiento del rol de este Derecho comunitario”².

Dentro del proceso de integración andino, nos enfocaremos en el estudio de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN frente a los particulares por incumplimiento del Derecho comunitario, dejando de lado la responsabilidad de los Estados frente a la Comunidad y los demás Estados miembros, que opera en el ámbito de la responsabilidad internacional clásica.

¹ Véase el prólogo del profesor Sobrino al libro: QUINDIMIL LÓPEZ, J., *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 21.

² *Ibidem*, p. 42.

Este régimen comunitario en el que nos vamos a centrar se proyecta de manera *ad intra*, en el sentido que se relaciona con los particulares que se ven perjudicados por las consecuencias de esas infracciones. Esta proyección interna de la responsabilidad patrimonial resulta de la naturaleza misma del Derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) ha caracterizado el Derecho comunitario andino como un ordenamiento cuyas normas gozan de plena eficacia, que brinda una protección efectiva a los derechos que aquellas reconocen a los particulares y en el que impera el principio de cooperación leal. Todo lo anterior sobre la base de la transferencia de competencias soberanas realizada desde los países miembros a los órganos comunitarios. En ese sentido, el TJCA ha señalado que:

“El principio de cooperación leal impone a los países miembros la adopción de todas las medidas necesarias a fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho andino, entre las cuales se incluye la de hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación del ordenamiento jurídico comunitario. La ruptura del deber acontece cuando un Estado Miembro, en razón de sus propios intereses, desconoce de manera unilateral sus obligaciones comunitarias, en perjuicio de los intereses de los demás Estados y de la Comunidad, afectando de este modo la confianza que debe presidir las relaciones entre los Estados Miembros. (...) el incumplimiento grave, por parte de un Estado Miembro de sus obligaciones y compromisos comunitarios (...) no sólo infringe la norma correspondiente, sino que atenta contra las bases del Acuerdo de Cartagena y del proceso de integración”³.

En la presente investigación, se tomará en cuenta una noción amplia del concepto de “Estado”. El “principio de unidad” del Estado es acorde con el Derecho internacional, que imputa al Estado los comportamientos de sus órganos y agentes cuando actúan en el ejercicio de las prerrogativas del poder público⁴. Siendo *una* la responsabilidad del Estado *todos* los órganos pueden comprometerla⁵, se trate o no de

³ STJCA de 14.4.2005, Proceso 118-AI-2003, p. 42.

⁴ Artículo 4 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001.

⁵ Véanse las providencias de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 3.3.1999 (medidas provisionales) y de 27.6.2001, as. *LaGrand*; y, de 31.3.2004, as. *Avena*.

órganos encargados de las relaciones exteriores, pertenezcan a uno u otro poder (ejecutivo, legislativo o judicial) y sea cual sea el lugar que ocupen en la jerarquía orgánica, siempre que su conducta, activa u omisiva, contravenga una obligación internacional.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea (UE), se ha recogido el “principio de unidad” del Estado. El Abogado General TESAURO, en sus conclusiones en el asunto *Brasserie du Pêcheur*, señaló a este respecto que:

“Efectivamente, el Derecho internacional contempla únicamente la responsabilidad del Estado considerado en su conjunto, entendido en su unidad: por tanto, sin que se establezca ninguna diferencia dependiendo de que la violación que origina el daño sea imputable al poder ejecutivo, al legislativo o al judicial. Es más, el mismo criterio se encuentra también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en recursos con arreglo al artículo 169 del Tratado: la violación de una obligación comunitaria se imputa al Estado, independientemente del sujeto que sea realmente responsable del incumplimiento de la obligación”⁶.

El Abogado General GEELHOED agregaría que:

“El principio según el cual, desde un punto de vista comunitario, el Estado miembro debe ser considerado como una unidad constituye también la base de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia según la cual un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar un incumplimiento (...) el Estado miembro responde considerado como una unidad del cumplimiento de las obligaciones comunitarias y que es responsable de cualquier incumplimiento, al margen del órgano que lo haya cometido dentro de la organización interna del Estado, incluido el poder judicial. Corresponde al Estado miembro como entidad autónoma velar por la realización en el ordenamiento jurídico nacional del resultado perseguido por las normas comunitarias correspondientes. Así se

⁶ Conclusiones del Abogado General Tesauro presentadas el 28.11.1995, as. *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93.

desprende asimismo del principio de lealtad comunitaria”⁷.

Por su parte, el concepto de “particular” abarca a toda persona natural o jurídica que se vea afectada en sus derechos por una conducta de un Estado miembro contraria al Derecho comunitario andino. No será necesario que se trate de un nacional de uno de los países de la CAN, ya que los extranjeros podrían, igualmente, reclamar una indemnización cuando un país andino les cause un daño vulnerando una disposición comunitaria que previera derechos a su favor.

En la CAN, ante un incumplimiento del Derecho comunitario, los particulares afectados en sus derechos cuentan con dos mecanismos para lograr una reparación de los perjuicios sufridos.

Por un lado, pueden promover ante la Secretaría General de la CAN (SGCA) y ante el TJCA una acción por incumplimiento, susceptible de desembocar en una sentencia condenatoria del Tribunal, que constituirá título legal y suficiente para solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios (artículos 23 a 30 del Tratado de Creación del TJCA). Específicamente, el artículo 30 del Tratado de Creación del TJCA (TCTJCA) establece que:

“La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

Por el otro, los particulares pueden, a estos mismos efectos, dirigirse directamente ante los tribunales nacionales a través de la acción reparatoria del artículo 31 del TCTJCA, que dispone:

“Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del Derecho

⁷ Conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 3.6.2003, as. *Comisión/Italia*, C-129/00. A mayor abundamiento, véanse también las STJCE de 5.5.1970, as. *Comisión/Bélgica*, 77/69, apartado 15; de 18.11.1970, as. *Comisión/Italia*, 8/70, apartado 9; y, de 26.2.1976, as. *Comisión/Italia*, 52/75, apartado 14.

interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

Sobre ambos mecanismos, regulados en los artículos 30 y 31 del TCTJCA, la jurisprudencia andina ha señalado cuanto sigue:

“Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos a causa del incumplimiento de la ejecución, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios, disponen de dos opciones, excluyentes entre sí, para obtener la tutela jurisdiccional efectiva de tales derechos. Una opción es la de acudir a la Secretaría General y al Tribunal de Justicia de la Comunidad, con sujeción al procedimiento previsto en el Tratado de Creación de este Órgano Jurisdiccional. La otra opción, a tenor del artículo 31 *eiusdem*, es acudir al Tribunal Nacional competente si los derechos subjetivos de la persona natural o jurídica resultan afectados, bien a causa de la omisión o negativa del Estado Miembro a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad, bien por virtud de la adopción o empleo de medidas que sean contrarias a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación. En este supuesto, los procedimientos a seguir serán los previstos en la legislación interna para deducir eficazmente la responsabilidad del Estado Miembro, así como para indemnizar efectivamente los daños y perjuicios del particular afectado”⁸.

La configuración de la sentencia por incumplimiento dictada por el TJCA como título legal y suficiente para reclamar una reparación en el ámbito interno fue introducida en el TCTJCA en 1996, merced al Protocolo modificadorio de Cochabamba⁹. El mecanismo del artículo 31 del TCTJCA, en cambio, existe desde la creación misma del Tribunal, en 1979; vale la pena destacar, a este respecto, que es anterior a la sentencia *Francovich* (1991), partida de nacimiento en la UE del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho

⁸ STJCA de 6.4.2005, Proceso 165-IP-2004, pp. 9-10.

⁹ El 28 de mayo de 1996, se firmó, en la ciudad de Cochabamba (Bolivia), el Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

comunitario.

Interesa subrayar desde un principio que los dos mecanismos apuntados son mutuamente excluyentes. Así resulta del artículo 25 del TCTJCA, de conformidad con el cual:

“Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, *excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa*” (el énfasis es nuestro).

Como puede apreciarse, en ambos casos el particular perjudicado por el incumplimiento del Derecho comunitario deberá dirigirse al juez nacional para obtener la concreta indemnización. La diferencia sería que, en el primer supuesto, el incumplimiento ya ha sido constatado por el TJCA. En el segundo, lo tiene que constatar el juez nacional, auxiliado, en su caso, por el TJCA vía cuestión prejudicial; tomando en cuenta que la relación del TJCA es de apoyo a los órganos jurisdiccionales de los países miembros y se enmarca dentro de la cooperación judicial.

Es importante señalar en esta sede introductoria que ninguno de los mecanismos objeto de atención en la presente tesis ha sido utilizado por los particulares hasta la fecha, con la solitaria excepción del caso venezolano *Sofaven*, que estudiaremos en el Capítulo II, al referirnos a la acción reparatoria directa ante los tribunales nacionales (artículo 31 del TCTJCA). Si bien ha habido numerosas acciones por incumplimiento interpuestas por particulares ante el TJCA, no se tiene noticia alguna de que posteriormente estos hayan solicitado la indemnización ante el juez nacional (artículo 30 del TCTJCA).

El hecho de que estos mecanismos prácticamente no se hayan empleado (con la excepción del asunto *Sofaven*) sin duda explica la escasa jurisprudencia —tanto nacional como comunitaria— y, a buen seguro, también explique la falta de doctrina especializada sobre este tema, pese a su relevancia, su gran actualidad y su aplicación en

Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. La presente tesis doctoral aspira a constituir una aportación al estudio de ambos mecanismos.

Por lo que se refiere a la escasez doctrinal (que no se limita al tema objeto de tratamiento, sino que resulta predicable, en general, del sistema judicial andino), esta se hace aún más notoria si se compara con los numerosos estudios de que son objeto los sistemas judiciales de otras organizaciones internacionales. Hay que recordar que el proceso de integración andino cuenta con más de 40 años de existencia, “durante los cuales”, como ha constatado QUINDIMIL, “sí se han realizado trabajos, pero de forma irregular y discontinua en el tiempo, concentrándose las mayores aportaciones doctrinales principalmente en las décadas de 1970 —a causa de la originalidad del proceso— y de 1980 a causa de la creación del Tribunal Andino”¹⁰.

Aparte de la escasez doctrinal, respecto del contenido de las investigaciones jurídicas, SALDÍAS advierte el siguiente patrón: “La perspectiva institucionalista formal del Derecho domina ampliamente. Enfoque que, por lo demás, ha influido en un notable número de analistas latinoamericanos. El estudio, entonces, se concentra en las instituciones andinas y sus atributos. Quedan en el tintero variados enfoques para la comprensión de la integración regional”¹¹.

Por lo tanto, el objetivo del presente trabajo es contribuir al debate y al análisis, así como estimular nuevos desarrollos doctrinales, que permitan un mayor avance en el proceso de integración andino en general, siendo una tarea impostergable lograr una mayor difusión y conocimiento del Derecho comunitario andino dentro y fuera de la región.

Dadas las lagunas referidas, en la tesis se toma como elemento referencial la configuración de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho de la UE, régimen de responsabilidad patrimonial que es seguido también por la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC o EFTA, según sus siglas en inglés). Esta metodología y técnica de investigación comparativa se justifica por varios motivos:

¹⁰ *Instituciones y Derecho...*, op. cit., p. 44.

¹¹ “La libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, en *Seminario ‘La Libre Circulación de Personas en los Procesos de Integración Económica’*, 28-29 de septiembre de 2011, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 2 ss., pp. 4-5.

las entonces Comunidades Europeas (CCEE) constituyeron una inspiración cuando se concibió la CAN; en este sentido, tanto la CAN como la UE son procesos de integración supranacionales, cuyos fines no se limitan al plano económico, sino que buscan además una cohesión social y política; más allá de su concepción, la CAN guarda cierta semejanza formal con la UE y esta, que representa el proceso de integración más avanzado actualmente existente, sigue constituyendo un modelo de referencia.

La importancia del tema objeto de estudio radica en que la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por el incumplimiento del Derecho comunitario viene a completar el sistema que regula las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos internos. Asimismo, tendría como efecto una mayor diligencia de los países miembros en cumplir —y hacer cumplir— el Derecho comunitario, así como una mayor protección de los derechos de los particulares.

En consecuencia, es un tema trascendental por la participación de los particulares y los jueces nacionales, y porque cabe pensar que mediante una mayor solicitud de interpretaciones prejudiciales en el marco del artículo 31 del TCTJCA se ampliarían los temas que conoce el TJCA. A este propósito, conviene señalar que, a pesar de que el TJCA es la tercera corte internacional más activa del mundo —luego del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)—¹², el elemento cuantitativo esconde una falencia en el aspecto cualitativo, cual es que casi el 90% de sus sentencias tratan exclusivamente sobre propiedad intelectual¹³. Al activarse el mecanismo directo ante el juez nacional (artículo 31 del TCTJCA), se podría esperar una mayor diversificación de las materias que caigan bajo el conocimiento del TJCA, vía interpretación prejudicial, tomando como motor la iniciativa del interés individual, tal como sucedió en la UE.

La presente tesis doctoral pretende también promover la activación de los mecanismos conducentes a la reparación de los daños ocasionados por los Estados miembros de la CAN a los particulares. Junto a lo ya dicho, ello contribuiría a acercar el

¹² Cfr. HELFER, L., ALTER, K. y GUERZOVICH, F., “Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community”, *The American Journal of International Law*, vol. 103:1, 2009, pp. 1 ss., p. 2.

¹³ *Informe de Labores de la Gestión 2015*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2016, pp. 71-75.

proceso de integración al ciudadano andino y a concienciar al juez nacional de su papel de *juez comunitario*.

En palabras de STONE SWEET, la interacción entre el Derecho, el comercio y las demandas judiciales es generadora de “círculos virtuosos”¹⁴. Es decir, en la CAN podrían provocarse estos “círculos virtuosos”, donde todos los actores —públicos y privados— serían partícipes del proceso de integración, al incluir a los particulares, los Estados miembros, los jueces nacionales, los órganos comunitarios, los despachos de abogados o la academia, entre otros; y, naturalmente, procedentes de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Luego de delimitar el objeto de la investigación y justificar su interés, tenemos que el propósito de la tesis es determinar las ventajas de cada una de las vías previstas y cuál podría ser la más eficiente.

Por un lado, si el particular busca *prima facie* la inaplicación *ad casum* de una norma nacional por ser contraria al Derecho comunitario y una indemnización, sería conveniente que acuda directamente al juez nacional. Todo ello sin perder de vista que, si bien las acciones por responsabilidad buscan solo la reparación del perjuicio sufrido por el particular, la idea de que puedan proliferar este tipo de acciones llevará al Estado a derogar, eventualmente, la norma nacional que supuso el incumplimiento, cuando este haya consistido en la adopción de una norma nacional contraria al Derecho comunitario.

Por otro lado, si el particular persigue *prima facie* la derogación o la modificación de una norma nacional con carácter general, la vía idónea sería una acción por incumplimiento ante el TJCA, donde el Estado condenado quedará obligado a adoptar “las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de 90 días siguientes a su notificación” (artículo 27 del TCTJCA). Ello se traducirá en la modificación o la derogación con carácter general de la norma nacional infractora, cuando el incumplimiento haya consistido en la adopción de tal norma.

¹⁴ “Judicialization and the Construction of Governance”, *Comparative Political Studies*, vol. 32, Nº 2, April 1999, pp. 147-184, p. 158. Al respecto, véase también ALTER, K., HELFER, L. y SALDÍAS, O., “Transplanting the European Court of Justice: The Experience of the Andean Tribunal of Justice”, *60 American Journal of Comparative Law*, 2012, pp. 629 ss., p. 638.

La tesis doctoral se divide en cuatro capítulos.

El Capítulo I se dedica a analizar los aspectos generales del proceso de integración andino, tales como la creación de la CAN, sus objetivos y las características del Sistema Andino de Solución de Controversias. En este último punto, se estudia el papel de la SGCA y del TJCA, prestando especial atención a la interpretación prejudicial y a la acción por incumplimiento, por tratarse de las competencias relacionadas con la responsabilidad patrimonial de los países miembros frente a los particulares por infracción del Derecho comunitario.

Todo ello se contextualiza en cierta situación de crisis que atraviesa la CAN, marcada principalmente por la retirada de Venezuela, la adopción de la Decisión 689 de la Comisión de la CAN que contiene la 'Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los países miembros' y la eventual adhesión de Bolivia y Ecuador al Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

El Capítulo II, titulado “El régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN”, se inicia con un estudio de los orígenes de los artículos 30 y 31 del TCTJCA, la relación excluyente entre ambas vías y su prácticamente nula aplicación, ahondando en los motivos de esta escasa utilización. Posteriormente, se profundiza en cada una de ambas vías.

Por un lado, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros que implica al TJCA (artículo 30 del TCTJCA) se analiza la naturaleza declarativa de la sentencia por incumplimiento, sus efectos *ex tunc* y su ejecución. Asimismo, se determina quiénes pueden aspirar a la reparación con dicha sentencia como “título legal y suficiente” y a través de qué vía procesal. Por otro lado, en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial para los particulares que no interpusieron una previa acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 31 del TCTJCA), este mecanismo se inicia ante los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo que se estudia en qué casos se ha de solicitar la interpretación prejudicial.

Entre los aspectos comunes (y diferentes) de los mecanismos previstos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA se analiza la común remisión al Derecho nacional, la diferencia en el *dies a quo*, la común contribución al *enforcement* privado del Derecho andino y la diferencia en la forma de lograr dicho *enforcement*.

En el Capítulo III, consagrado a “Los requisitos sustantivos en el marco del artículo 31 del TCTJCA para comprometer la responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho de la CAN: una propuesta *de lege ferenda*”, se analizan especialmente los requisitos de la afectación de derechos de los particulares y la existencia de un “incumplimiento flagrante”.

Este último concepto obliga a considerar el sistema de fuentes de la CAN para determinar si sus instrumentos y disposiciones dejan o no margen de apreciación a los países miembros. Desde ya se puede adelantar que para establecer si una determinada medida o una determinada disposición deja margen de apreciación hay que estar al caso concreto y, más aún, a su contenido efectivo, pues el tipo de medida o incluso el título bajo el que se presente son irrelevantes. El Derecho europeo es, en este sentido, mucho más claro; aunque también en este marco hay que atender al contenido efectivo de la medida de que se trate.

Para cerrar, en el Capítulo IV se toma como fuente de inspiración la equiparación de la responsabilidad extracontractual de la UE y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros. En particular, se presentan dos propuestas *de lege ferenda* en relación con la responsabilidad extracontractual de la CAN: (i) La creación de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN ante el TJCA; y, (ii) La equiparación de los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial de los países miembros y la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

En este primer capítulo vamos a presentar someramente la Comunidad Andina, aludiendo a su creación y evolución, desarrollando sus elementos institucionales más conspicuos, señalando cuáles son sus objetivos y los medios previstos para alcanzarlos y abordando la cuestión de la actual situación de crisis que vive esta organización internacional. En un segundo momento, analizaremos el Sistema Andino de Solución de Controversias, examinando el papel que desempeñan la Secretaría General y el Tribunal de Justicia.

1. La “Comunidad Andina” (CAN)

1.1. Una presentación somera de los elementos más sobresalientes de la CAN

El 26 de mayo de 1969, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú firmaron el Acuerdo de Cartagena, poniendo, así, en marcha el proceso de integración andino conocido, en ese entonces, como Pacto Andino o Grupo Andino y que tenía como fin establecer una unión aduanera a largo plazo, “con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano”¹⁵. El proyecto andino había nacido de una iniciativa del presidente de Colombia, Carlos Lleras Restrepo, secundada muy pronto por el presidente de Chile, Eduardo Frei Montalva¹⁶.

El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al acuerdo, convirtiéndose en seis los países miembros. Sin embargo, tres años después, el 30 de octubre de 1976, bajo la dictadura de Pinochet, Chile se retiró de él, tras la adopción en el Grupo Andino de la Decisión 24 sobre el 'Tratamiento al Capital Extranjero'. Chile era partidario de un arancel más bajo y poco disperso, en cambio los demás países miembros sostenían la necesidad de aranceles más elevados y con varios niveles¹⁷.

¹⁵ Artículo 1 del Acuerdo de Cartagena.

¹⁶ En las negociaciones iniciales también participó Venezuela, aunque posteriormente desistió. Para un mayor detalle sobre la negociación del Acuerdo de Cartagena, véase: ALZAMORA, C., *Medio siglo por el mundo*, El Virrey, Lima, 2008, pp. 90-101.

¹⁷ Para un mayor detalle, véase: TROYA JARAMILLO, J., *Estudios de Derecho Internacional Tributario*, Pudeleco, Quito, 2008, p. 166.

El pensamiento de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) inspiró el modelo andino de “sustitución de importaciones”, cuyo objetivo era incentivar las producciones nacionales mediante la programación conjunta y centralizada del desarrollo de sectores industriales estratégicos. En ese sentido, según la denominada “programación industrial”, los países miembros debían especializarse en determinadas ramas de la producción para alcanzar en ellas un alto grado de eficiencia y productividad. El embajador peruano Carlos Alzamora, quien fuera uno de los negociadores del Acuerdo de Cartagena, cita el emblemático ejemplo del “auto andino”, “cuyo motor se fabricaría en Colombia, el chasis en Chile, la carrocería en el Perú, los interiores en el Ecuador y las llantas en Bolivia. (...) De más está decir”, constata el embajador, “que el auto andino jamás arrancó y que la programación industrial tuvo que ser gradualmente abandonada, no sin antes haber entorpecido por largo tiempo y herido seriamente el proceso integracionista”¹⁸.

La institución más importante en las etapas iniciales del proceso de integración fue la Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC), secretaría permanente y técnica, con capacidad exclusiva para presentar propuestas y velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos. Por otro lado, el órgano legislativo era la Comisión, conformada por representantes de los países miembros y con facultad para adoptar Decisiones obligatorias. En caso de discrepancias en la interpretación o aplicación del Acuerdo de Cartagena o de las Decisiones de la Comisión, esta tenía a su cargo impulsar procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación¹⁹. De no superarse las diferencias, estaba previsto acudir al Protocolo para la Solución de Controversias de 1967 de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)²⁰.

¹⁸ *Medio siglo..., op. cit.*, pp. 92-93.

¹⁹ Cfr. FUENTES HERNÁNDEZ, A. y ALEGRETT SALAZAR, A., “Comunidad Andina: base jurídico-institucionales y funcionamiento de su sistema de cumplimiento de compromisos”, *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, VON BOGDANDY, A., LANDA ARROYO, C. y MORALES ANTONIAZZI, M. (Dir.), Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 359 ss., p. 362.

²⁰ Véase el artículo 23 del Acuerdo de Cartagena original.

En 1971, la Comisión, reunida en el VI Período Extraordinario de Sesiones, dejó constancia de la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional propio, encargado de solucionar las controversias entre los países andinos²¹.

Ocho años más tarde, el 28 de mayo de 1979, se creó por voluntad de los presidentes de los citados países el “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, entrando en funciones recién el 2 de enero de 1984, tras la última ratificación por parte de los países miembros del oportuno tratado de creación. La solución de controversias surgidas con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico andino quedó sujeta, a partir de ese momento, a las normas de dicho Tratado.

En 1997 entró en vigor el Protocolo modificadorio del Acuerdo de Cartagena, más conocido como el “Protocolo de Trujillo”²², mediante el cual el Grupo Andino cambió su denominación por el de “Comunidad Andina” (CAN). La CAN se configuró como “una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional” (artículo 48), conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y el conjunto de órganos e instituciones del instaurado Sistema Andino de Integración (SAI) (artículo 5).

El Protocolo de Trujillo introdujo importantes cambios, especialmente en lo que respecta al fortalecimiento de las instituciones comunitarias, con el objetivo último de perfeccionar la unión aduanera. Estos órganos comunitarios cuentan con diferentes funciones, desde normativas y de dirección política hasta judiciales, ejecutivas o deliberantes²³.

²¹ Más en detalle, véase: SASAKI OTANI, M. A., “El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional (AMDI)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), vol. XII, México D. F., 2012, pp. 301 ss., p. 304.

²² El “Protocolo de Trujillo” fue firmado el 10 de marzo de 1996.

²³ El artículo 6 del Acuerdo de Cartagena establece:

“El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones:

- El Consejo Presidencial Andino;
- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
- La Comisión de la Comunidad Andina;
- La Secretaría General de la Comunidad Andina;
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- El Parlamento Andino;
- El Consejo Consultivo Empresarial;
- El Consejo Consultivo Laboral;
- La Corporación Andina de Fomento;

Se debe destacar la creación de la Secretaría General de la CAN (SGCA), concebida como el órgano de carácter ejecutivo y técnico (artículo 29), que vino a reemplazar a la JUNAC. Es preciso igualmente mencionar la incorporación al sistema del Consejo Presidencial Andino y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE), este último con capacidad de adoptar Decisiones dotadas de carácter vinculante para los países miembros. A resultas de ello, la Comisión vio limitada su competencia decisoria (de la que antes era titular en exclusiva) al ámbito comercial y de inversiones. Si algo parece claro en esta reforma institucional es la intención de los países miembros de darle una direccionalidad política más definida al proceso de integración. Tanto por la inclusión de los presidentes y los cancilleres, como por la figura del Secretario General de la SGCA, elegido entre candidatos con un perfil más político que técnico²⁴.

Finalmente, en el 2005, se incorporaron a la CAN los países miembros del MERCOSUR como países asociados (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay)²⁵ y, de manera recíproca, los países miembros de la CAN se incorporaron al MERCOSUR en la

-
- El Fondo Latinoamericano de Reservas;
 - El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;
 - La Universidad Andina Simón Bolívar;
 - Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y,
 - Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina”.

En el 2013 se decidió la salida del Parlamento Andino del Sistema Andino de Integración (SAI). En la Decisión 792 'Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración', de 19 de septiembre de 2013, se lee: “El Grupo de Alto Nivel se encargará de: (...) Iniciar el proceso de preparación de un Protocolo que facilite la salida del Parlamento Andino del Sistema Andino de Integración, el mismo que una vez suscrito sería sometido a la aprobación de los Poderes Legislativos de los países miembros (...)” (artículo 2).

²⁴ Secretaría General de la Comunidad Andina, *Memoria correspondiente al período agosto 1997 - agosto 2002*, p. 2. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Upload/20116119251memoria97-02.pdf> (1.5.2016).

²⁵ Sobre los países asociados, el Acuerdo de Cartagena establece lo siguiente:

Artículo 136.- A propuesta de la Comisión de la Comunidad Andina, y previa manifestación de voluntad del país interesado, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada, podrá otorgar la condición de Miembro Asociado en favor de un país que haya acordado con los países miembros de la Comunidad Andina un tratado de libre comercio.

Artículo 137.- Al momento de otorgar la condición de Miembro Asociado en favor de un país, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, según sus respectivas competencias, definirán mediante Decisión y oída la opinión de la Secretaría General:

- a) Los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración de los que el país miembro asociado formará parte, así como las condiciones de su participación;
- b) Los mecanismos y medidas del Acuerdo de Cartagena en los que participará el país miembro asociado; y
- c) La normativa que se aplicará en las relaciones entre el país miembro asociado y los demás países miembros, así como la forma en que se administrarán dichas relaciones.

Los aspectos previstos en el presente artículo podrán ser revisados en cualquier momento, conforme a los procedimientos y competencias aquí contenidos.

misma calidad. En el 2006, Venezuela se retiró del Acuerdo de Cartagena y Chile regresó como país asociado. En consecuencia, actualmente, los países miembros de la CAN son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

En el 2011, España se unió a la CAN como país observador. Un año más tarde, Bolivia fue aceptada por los países miembros del MERCOSUR para iniciar la negociación de los protocolos de incorporación de cara a su plena adhesión. De llegarse a producir, dicha adhesión supondrá que Bolivia estará obligada a aplicar el Código Aduanero del MERCOSUR (CAM), el cual aún no se encuentra vigente, ya que está en proceso de internalización en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros²⁶.

Por lo que se refiere a los objetivos de la CAN, estos son, desde un principio: “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países miembros. Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión” (artículo 1).

El objetivo último está presentado en los siguientes términos: “El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los países miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos. Los resultados de dicho proceso deberán evaluarse periódicamente tomando en cuenta, entre otros factores, sus efectos sobre la expansión de las exportaciones globales de cada país, el comportamiento de su balanza comercial con la Subregión, la evolución de su producto interno bruto, la generación de nuevos empleos y la formación de capital” (artículo 2).

²⁶ El CAM fue aprobado por el Consejo del Mercado Común mediante la Decisión CMC N° 27/10 y constituye la legislación aduanera común del MERCOSUR. Disponible en web: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/5837/2/innova.front/preguntas-frecuentes> (1.5.2016).

Para alcanzar tales objetivos, se contemplan, entre otros, los siguientes mecanismos y medidas: la profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales en los ámbitos político, social y económico-comercial; la armonización gradual de las políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; la programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial; la instauración de un programa de liberalización comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo, de 1980; la instauración de un arancel externo común; o, la integración física (artículo 3).

1.2. La crisis de la CAN

En una tesis sobre la CAN, no se puede obviar que en los últimos años esta atraviesa una etapa de dificultades y tropiezos en el cumplimiento de sus objetivos. Tres acontecimientos han tenido aquí una influencia decisiva. En primer lugar, la decisión de Venezuela de retirarse del proceso de integración. En segundo lugar, la adopción de la polémica Decisión 689, en materia de derechos de propiedad industrial. En tercer lugar, la pretendida adhesión de Bolivia y Ecuador al MERCOSUR.

Por lo que se refiere al primer factor de crisis apuntado, hay que señalar que, en el 2006, el presidente Hugo Chávez anunció la retirada de Venezuela de la CAN²⁷, alegando los perjuicios que le causarían los tratados de libre comercio (TLC) autenticados por Colombia y Perú con los Estados Unidos de América (EE.UU.)²⁸. La denuncia del Acuerdo de Integración Subregional Andino, a través de la cual formalizó

²⁷ Como explica A. Remiro Brotons: “La denuncia es el acto por el que una parte manifiesta su voluntad de dar por terminado un tratado en sus relaciones con las demás partes. Se le llama retirada cuando afecta al tratado constitutivo de una organización internacional” (*Derecho internacional público. 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 466).

²⁸ En el caso del Perú, las negociaciones con Estados Unidos de América empezaron en mayo de 2004 y concluyeron con la adopción del TLC el 7 de diciembre de 2005, que fue firmado el 12 de abril de 2006 por el Ministro de Comercio Exterior y Turismo del Perú, Alfredo Ferrero Diez Canseco, y el Representante de Comercio de Estados Unidos de América, Rob Portman. Tras recabar la autorización de sus respectivos Parlamentos, los presidentes de ambos países, Alan García y George W. Bush, lo concluyeron el 16 de enero de 2009. El TLC comenzó a regir el 1 de febrero de 2009.

En el caso de Colombia, el 27 de febrero de 2006 se autenticó el TLC con Estados Unidos de América, que entró en vigor el 15 de mayo de 2012. Para un mayor detalle, véase: ROMERO, A., “El TLC Colombia-USA”, *Tendencias – Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas*, vol. VII, N° 2, Universidad de Nariño, Pasto, pp. 29 ss.

su retirada, fue realizada por Venezuela mediante comunicación de 22 de abril de 2006²⁹.

A propósito de los argumentos esgrimidos por Venezuela, es menester resaltar que el debilitamiento de la CAN no se produjo a raíz de la celebración de los TLC referidos, sino que fue incubándose desde el momento en que, en 1992, la misma CAN —con el respaldo de todos sus países miembros— autorizó a Colombia y a Venezuela a formar parte del “Grupo de los Tres” o G3³⁰, mediante la Decisión 322 'Relaciones comerciales con la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), Centroamérica y el Caribe'³¹. Adicionalmente, en el 2004, a través de la Decisión 598 'Relaciones comerciales con terceros países', se facultó a los países miembros a “negociar acuerdos comerciales” y a “adelantar negociaciones bilaterales con terceros países”³². En

²⁹ En el comunicado oficial presentado por Venezuela se lee:

“Las recientes negociaciones y firma de los tratados de libre comercio por parte de Colombia y Perú con los Estados Unidos de Norte América han conformado un nuevo cuerpo legal que pretende asimilar la normativa de los TLC a la Comunidad Andina, cambiando de facto su naturaleza y principios originales. (...) los TLC privilegian los intereses particulares sobre los intereses de los pueblos, impulsan una injusta distribución de la riqueza y frenan el desarrollo integral del pueblo, provocando la progresiva desaparición de sectores productivos nacionales y la consecuente pérdida de soberanía económica (...) toda vez que estos implican el establecimiento de principios y normativas similares a los propuestos en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)” (disponible en web: http://www8.iadb.org/intal/imprimir_articulo_carta.asp?aid=134&carta_id=289 (15.4.2013)).

En cuanto a la posibilidad de denuncia, el artículo 135 del Acuerdo de Integración Subregional Andino dispone cuanto sigue:

“El país miembro que desee denunciar este acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia.

El plazo indicado en el párrafo anterior podrá ser disminuido en casos debidamente fundados, por decisión de la Comisión y a petición del país miembro interesado.

En relación con los programas de integración industrial se aplicará lo dispuesto en el literal i) del artículo 62”.

³⁰ El “Grupo de los Tres” o G3 fue el nombre dado a los integrantes del tratado de libre comercio (Colombia, México y Venezuela). Se firmó el 13 de junio de 1994 en Cartagena de Indias y entró en vigor el 1 de enero de 1995. Creó un extenso mercado de 149 millones de consumidores, combinado con un producto bruto interno (PBI) de 2.500.000.000.000 de dólares. El acuerdo establecía un 10% de reducción de tarifa durante unos 10 años (empezando en 1995) para el comercio de bienes y servicios entre sus miembros. Se trataba de un acuerdo de tercera generación, no limitado al libre comercio, pero incluía puntos como la inversión, los servicios, las compras gubernamentales, las regulaciones a la competencia desleal y los derechos de propiedad intelectual. En el 2006, Venezuela abandonó este grupo para unirse al MERCOSUR. Actualmente, Colombia y México canalizan dicho tratado de libre comercio a través de la “Alianza del Pacífico”, la cual se encuentra conformada por Colombia, Chile, México y Perú. Véase: <https://alianzapacifico.net/>

³¹ A tenor del artículo 3 de la Decisión 322:

“De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los países miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con los otros países de la región, en las cuales participe uno o más países del Grupo Andino. (...)”.

³² Según disponía la Decisión 598:

“De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los países miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con terceros países (...)” (artículo 2).

consecuencia, si bien Venezuela criticó la autenticación de los TLC por parte de Colombia y Perú, ambos países solo hicieron lo que les estaba facultado en el segundo de los instrumentos citados, cuya adopción contó con el respaldo de aquel país³³.

La denuncia de Venezuela supuso, entre otras cosas, la pérdida de su legitimación pasiva ante el TJCA y la consiguiente inhibición por parte de este órgano de la acción por incumplimiento que tenía pendiente³⁴. También acarreó la inmediata separación del magistrado principal y de los magistrados suplentes designados por este país, toda vez que uno de los requisitos esenciales para ser magistrado del TJCA es ser justamente “nacionales de origen de los países miembros” (artículo 6 del TCTJCA), con lo que les sobrevenía la imposibilidad absoluta de ejercer jurisdicción. De esta manera, la conformación del Tribunal quedó, desde entonces, reducida a cuatro magistrados. Lo mismo sucedió con uno de los Directores Generales de la SGCA, ya que dichos cargos están igualmente reservados a nacionales de los Estados miembros³⁵.

El segundo de los factores de crisis apuntados es la Decisión 689, que fue adoptada el 13 de agosto de 2008 por la Comisión y que modificó el régimen común establecido en el año 2000 por la Decisión 486, autorizando a los países miembros a desarrollar y profundizar determinados derechos de propiedad industrial a través de su legislación interna³⁶.

Y:

“Las negociaciones comerciales autorizadas mediante la presente Decisión podrán tener como propósito el establecimiento de áreas de libre comercio, y podrán referirse a temas distintos a la liberalización del comercio de mercancías. (...)” (artículo 6).

³³ Cfr. SASAKI OTANI, M. A., “La retirada de Venezuela de la Comunidad Andina y su eventual adhesión al MERCOSUR: ¿En un limbo integracionista?”, *EJIL-Eafit Journal of International Law*, vol. 3, N° 2, Medellín, 2012, pp. 56 ss., pp. 59-60.

³⁴ Véase el Auto del TJCA de 27.6.2006, Proceso 145-AI-2005, p. 2. Este proceso se había iniciado a raíz de una demanda interpuesta por la SGCA contra Venezuela por el supuesto incumplimiento de los artículos 2 de la Decisión 282 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena 'Armonización de Franquicias Arancelarias', 4 del TCTJCA, 81 y 86 del Acuerdo de Cartagena, y las normas sobre el Arancel Externo Común y Sistema Andino de Franjas de Precios, contenidas en las Decisiones 370 y 371 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

³⁵ Junto a la severa crisis institucional, la retirada de Venezuela ocasionó también una crisis financiera, dado que —junto con Colombia y Perú— era uno de los mayores contribuyentes a los presupuestos de la SGCA y del TJCA. Cfr. VIGIL TOLEDO, R., *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 76.

³⁶ La adopción de la Decisión 689 se produjo con la oposición, en la segunda vuelta, de Bolivia, que en el 2010 presentó una acción de nulidad en su contra. La demanda fue desestimada por el TJCA (STJCA de 19.6.2013, Proceso 1-AN-2010, pp. 12-28).

Colombia y Perú manifestaron su voluntad de acogerse a esta facultad. No lo hicieron así Bolivia y Ecuador, por lo que para ambos países miembros rige en su totalidad el “régimen común” de la Decisión 486³⁷. Así las cosas, en el interior de la CAN nos encontramos con los siguientes regímenes: (i) el régimen común, que opera en su totalidad para Bolivia y Ecuador; y, (ii) el régimen nacional para Colombia y Perú en relación con las materias señaladas en el artículo 1 de la Decisión 689³⁸ y, por otro lado, el régimen común en los demás aspectos³⁹.

Esta modificación fue solicitada por el Perú, dado que era necesaria para poder ejecutar el TLC suscrito con los Estados Unidos de América. De esta manera, se rompe el régimen común y la excepción del complemento indispensable —según la cual no es

³⁷ Cfr. SASAKI OTANI, M. A., “El régimen común sobre propiedad industrial en la Comunidad Andina tras la adopción de la Decisión 689: ¿Integración regional o acuerdos bilaterales?”, *Derecho Internacional en la Práctica Latinoamericana*, TÉLLEZ CARVAJAL, E. y OLIVEIRA DO PRADO, R. (Dir.), Primera edición, Tirant lo Blanch, Colección UNAM-Tirant, México D.F., 2014, pp. 67 ss., pp. 81-83.

³⁸ Al respecto, el artículo 1 de la Decisión 689 señala que:

“Los países miembros, a través de su normativa interna, estarán facultados, en los términos que se indican expresamente en los literales de a) a j), para desarrollar y profundizar únicamente las siguientes disposiciones de la Decisión 486:

- a) Artículo 9: Establecer las condiciones de restauración del plazo para la reivindicación de prioridad por un término no mayor a dos meses al plazo inicialmente establecido.
- b) Artículo 28: Introducir especificaciones adicionales relativas a las condiciones de divulgación de la invención, en el sentido de exigir al solicitante mayor claridad en la descripción de la invención y mayor suficiencia en dicha divulgación, de tal manera que sea tan clara, detallada y completa que no requiera para su realización por parte de la persona capacitada en la materia técnica correspondiente, de experimentación indebida y que indique a dicha persona que el solicitante estuvo en posesión de la invención a la fecha de su presentación.
- c) Artículo 34: Señalar que no se considerará como ampliación de la solicitud la subsanación de omisiones que se encuentren contenidas en la solicitud inicial cuya prioridad se reivindica.
- d) En el capítulo V, título II (patentes de invención): Con excepción de patentes farmacéuticas, establecer los medios para compensar al titular de la patente por los retrasos irrazonables de la Oficina Nacional en la expedición de la misma, restaurando el término o los derechos de la patente. Los países miembros considerarán como irrazonables los retrasos superiores a cinco años desde la fecha de presentación de la solicitud de patente o de tres años desde el pedido de examen de patentabilidad, el que fuera posterior, siempre que los períodos atribuibles a las acciones del solicitante de la patente no se incluyan en la determinación de dichos retrasos.
- e) Artículo 53: Incluir la facultad de usar la materia protegida por una patente con el fin de generar la información necesaria para apoyar la solicitud de aprobación de comercialización de un producto.
- f) Artículo 138: Permitir el establecimiento de un registro multiclase de marcas.
- g) Artículo 140: Establecer plazos para la subsanación de los requisitos de forma previstos en el mismo artículo.
- h) Artículo 162: Establecer como opcional el requisito de registro del contrato de licencia de uso de la marca.
- i) Artículo 202: Establecer que no se podrá declarar la protección de una denominación de origen, cuando esta sea susceptible de generar confusión con una marca solicitada o registrada de buena fe con anterioridad o, con una marca notoriamente conocida.
- j) En el capítulo III, título XV: Desarrollar exclusivamente para marcas el régimen de aplicación de medidas en frontera a productos en tránsito”.

³⁹ Cfr. SASAKI OTANI, M. A., “El régimen común sobre propiedad industrial...”, *op. cit.*, pp. 81-83.

posible la expedición de normas nacionales sobre asuntos ya regulados por la ley comunitaria, salvo que aquellas sean necesarias para la correcta aplicación de esta⁴⁰— se convierte en un principio disponible por los países miembros.

El tercero de los factores de crisis apuntados es la pretendida adhesión de Bolivia y Ecuador al MERCOSUR. El 7 de diciembre de 2012 se firmó el Protocolo de adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia al MERCOSUR⁴¹, mediante el cual se decidió que Bolivia adoptaría, gradualmente, el acervo normativo vigente del MERCOSUR, en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la fecha de entrada en vigor de aquel. Por lo tanto, Bolivia asumirá la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM), el Arancel Externo Común (AEC) y el Régimen de Origen del MERCOSUR.

En la medida que Bolivia se encuentra en proceso de adhesión y Ecuador anunció que el país ingresaría al MERCOSUR⁴², la CAN se enfrenta a un desafío existencial, que amenaza la permanencia y la continuación de la integración andina. En este sentido, se deben analizar profundamente las implicancias técnico-jurídicas de la posibilidad de una doble pertenencia a ambos bloques regionales.

Tanto la CAN como el MERCOSUR buscaron ser uniones aduaneras. Sin embargo, en el caso andino, en el 2015 la Comisión decidió dejar sin efecto el Arancel Externo Común⁴³, por lo que actualmente la CAN constituye, en palabras de

⁴⁰ En relación con el complemento indispensable, el Tribunal ha precisado que “(...) el desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios como el del ‘complemento indispensable’, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la Comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión régimen común sobre tratamiento que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena” (STJCA de 18.4.2012, Proceso 22-IP-2012, p. 6).

⁴¹ Disponible en web: www.mercosur.int (23.3.2013).

⁴² Disponible en web:

<http://www.eluniverso.com/2011/12/17/1/1355/ecuador-analiza-ingreso-mercosur-como-miembro-pleno.html> (1.4.2013).

http://www.elcomercio.com/negocios/Ecuador-entrara-Mercosur-Rafael-Correa-enlace_0_913108823.html (4.5.2013).

⁴³ Véase la Decisión 805 de la Comisión de la Comunidad Andina 'Política Arancelaria de la Comunidad Andina' de 24 de abril de 2015.

SOTOMAYOR VÉRTIZ, una “zona de libre comercio imperfecta”⁴⁴. En cambio, en el caso mercosureño ya se cuenta con un Código Aduanero del MERCOSUR (CAM). La doble pertenencia no implica problema alguno si un miembro de una zona de libre comercio participa en otra zona de las mismas características; tal es el caso, por ejemplo, de Colombia y Perú, que son miembros al mismo tiempo de la CAN y de la Alianza del Pacífico. Al fin y al cabo en las zonas de libre cambio los países partícipes conservan libertad para establecer unilateralmente su arancel aduanero exterior frente a mercancías procedentes de terceros países, de modo que podrían incluso llegar a suprimirlo. En este sentido, la Decisión 598, anteriormente mencionada⁴⁵, admite que las negociaciones comerciales de los Estados de la CAN con terceros países pueden tener por objeto el “establecimiento de áreas de libre comercio”.

Muy distinta resulta la convivencia de una zona de libre comercio y de una unión aduanera. Básicamente porque en las uniones aduaneras existe un arancel aduanero común, sobre cuya aplicación no puede disponer ninguno de los socios. No resultaría, por tanto, posible que uno de ellos llegara a un acuerdo con un tercer país, en virtud del cual las mercancías procedentes de este estuvieran exentas del pago de dicho arancel en su importación al territorio de aquel.

Aunque desde el punto de vista de la CAN (la zona de libre comercio), la adhesión de Bolivia y Ecuador al MERCOSUR puede que no sea vista como un problema⁴⁶; desde el punto de vista del MERCOSUR (la unión aduanera), resulta difícil creer que la doble pertenencia de estos dos países a ambos bloques sea viable. La consecuencia podría ser su retirada de la CAN, algo que, como mínimo, la debilitaría de manera indefectible.

⁴⁴ *Normas antidumping y antitrust en los procesos de integración*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 138.

⁴⁵ Ver nota 32.

⁴⁶ El Secretario General de la CAN, Adalid Contreras, indicó que la autenticación del Protocolo de adhesión de Bolivia como miembro pleno del MERCOSUR “amerita un análisis y pronunciamiento en el marco de las convergencias y complementariedades”, que los presidentes andinos instruyeron buscar en su última cumbre con la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) y el MERCOSUR. Contreras señaló que con la adhesión del país al MERCOSUR se plantea la necesidad de examinar la figura de la “doble pertenencia”, porque al incorporarse Bolivia a un sistema ya constituido tendría que adecuar algunas de sus normas y el MERCOSUR debería flexibilizar su normativa. “No hay nada que impida la adhesión”, terminó diciendo, “pero se debe crear un mecanismo o adecuar la norma para la doble pertenencia”. Disponible en web: http://www.la-razon.com/economia/CAN-ingreso-Bolivia-Mercosur-cambiarla_0_1739826010.html (23.3.2013).

2. El Sistema Andino de Solución de Controversias

La SGCA y el TJCA son los órganos comunitarios competentes para administrar y resolver los procedimientos y las controversias vinculadas con la aplicación del ordenamiento jurídico andino por parte de los Estados miembros, como veremos a continuación.

2.1. La Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA)

2.1.1. Presentación de la SGCA

Como se ha visto, la SGCA fue creada en virtud del Protocolo de Trujillo, de 1996, y entró en funcionamiento el 1 de agosto de 1997, sustituyendo a la JUNAC. La SGCA tiene como autoridad máxima al Secretario General de la CAN⁴⁷, que es elegido por consenso por el CAMRE y permanece en el cargo durante cinco años. Para el desempeño de sus funciones el Secretario General se apoya en los Directores Generales, que son designados por él y que tienen a su cargo una Dirección General determinada por un área temática específica⁴⁸. La SGCA tiene su sede permanente en Lima (Perú) y es el órgano ejecutivo y técnico de la CAN. Actúa únicamente en función de los intereses comunitarios (artículos 29-39).

Entre sus funciones principales figuran: administrar el proceso de integración, velar por el cumplimiento de los compromisos comunitarios, resolver los asuntos sometidos a su competencia, presentar iniciativas y propuestas de Decisión y prestar asistencia técnica a los demás órganos del SAI⁴⁹. Además, el Protocolo de Cochabamba

⁴⁷ Los Secretarios Generales de la CAN han sido: Sebastián Alegrett (Venezuela), 1997-2002; Guillermo Fernández de Soto (Colombia), 2002-2004; Allan Wagner Tizón (Perú), 2004-2006; Alfredo Fuentes (Colombia), 2006-2007; Freddy Ehlers (Ecuador), 2007-2010; Adalid Contreras (Bolivia) como Secretario General a. i., 2010-2013; Santiago Cembrano Cabrejas (Colombia) como Secretario General a. i., 2013; Pablo Guzmán Laugier (Bolivia), 2013-2015; y, Walker San Miguel Rodríguez (Bolivia), desde 2016 hasta la fecha.

⁴⁸ Véase el artículo 16 del Reglamento Interno de la SGCA.

⁴⁹ De acuerdo con el artículo 30 del Acuerdo de Cartagena:

“Son funciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina:

- a) Velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Atender los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión;
- c) Formular al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión propuestas de Decisión, de conformidad con sus respectivas competencias, así como iniciativas y sugerencias a la

vino a otorgar a la SGCA competencia arbitral cuando se apliquen normas andinas a contratos de carácter privado⁵⁰.

2.1.2. Poderes de la SGCA en el control del cumplimiento del Derecho andino por los países miembros

El TJCA ha calificado a la SGCA como “guardiana del cumplimiento del ordenamiento jurídico andino”⁵¹, en atención al poder que le confiere el artículo 30, literal a), del Acuerdo Cartagena de velar por el cumplimiento de dicho Acuerdo y de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la CAN.

La SGCA controla el respeto del Derecho andino por parte de los Estados miembros fundamentalmente a través de la acción por incumplimiento, en la que hay una primera fase administrativa o precontenciosa, de la que esta institución es protagonista. Cuando la violación consiste en la imposición de un arancel o cualquier

reunión ampliada del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, destinadas a facilitar o acelerar el cumplimiento de este Acuerdo, con la finalidad de alcanzar sus objetivos en el término más breve posible;

d) Efectuar los estudios y proponer las medidas necesarias para la aplicación de los tratamientos especiales en favor de Bolivia y Ecuador y, en general, las concernientes a la participación de los dos países en este Acuerdo;

e) Evaluar e informar anualmente al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión sobre los resultados de la aplicación de este Acuerdo y el logro de sus objetivos, prestando especial atención al cumplimiento del principio de distribución equitativa de los beneficios de la integración, y proponer las medidas correctivas pertinentes;

f) Efectuar los estudios técnicos y las coordinaciones que le encomienden los otros órganos del Sistema Andino de Integración y otros que a su juicio sean necesarios;

g) Mantener vínculos permanentes de trabajo con los países miembros, coordinando con el organismo nacional de integración que cada país señale para tal efecto;

h) Elaborar su programa anual de labores, en el cual incluirá preferentemente los trabajos que le encomienden los otros órganos del Sistema;

i) Promover reuniones periódicas de los organismos nacionales encargados de la formulación o ejecución de la política económica y, especialmente, de los que tengan a su cargo la planificación;

j) Mantener vínculos de trabajo con los órganos ejecutivos de las demás organizaciones regionales de integración y cooperación con la finalidad de intensificar sus relaciones y cooperación recíproca;

k) Llevar las actas de las reuniones ampliadas del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y las de la Comisión, y elaborar la agenda tentativa de sus reuniones, en coordinación con los presidentes de dichos órganos;

l) Ser depositaria de las actas de las reuniones y demás documentos de los órganos del Sistema Andino de Integración y dar fe de la autenticidad de los mismos;

m) Editar la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena;

n) Ejercer la Secretaría de la Reunión de Representantes de las instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración; y,

ñ) Ejercer las demás atribuciones que expresamente le confiere el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

⁵⁰ Nuevo artículo 39 del TCTJCA.

⁵¹ STJCA de 24.3.1997, Proceso 3-AI-96, p. 8.

otro tipo de gravamen a la importación de mercancías originarias de otro Estado miembro o de cualquier tipo restricción al comercio subregional de mercancías, existe un procedimiento administrativo ante la SGCA, cuya sustanciación es previa a la acción por incumplimiento *qua talis*⁵².

2.1.2.1. El procedimiento administrativo de la SGCA

De cara a la consecución de la libre circulación de bienes en el seno de la CAN, el Tratado de Cartagena prevé un “Programa de liberación” (artículos 72 a 78). Este tiene por objeto “eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier país miembro” (artículo 72). Donde por “gravámenes” se entiende “los derechos aduaneros y cualesquier otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario o cambiario, que incidan sobre las importaciones”; y, por “restricciones de todo orden”, “cualquier medida de carácter administrativo, financiero o cambiario, mediante la cual un país miembro impida o dificulte las importaciones, por decisión unilateral” (artículo 73). Los Estados miembros tienen prohibida la adopción o la aplicación de este tipo de medidas (artículo 77); aunque el Acuerdo contempla una lista tasada de razones que podrían justificar una “restricción” (artículo 73).

El Acuerdo atribuye competencia a la SGCA para, ya sea de oficio o a petición de parte, determinar si una medida adoptada por un Estado miembro constituye un “gravamen” o una “restricción” (artículo 74). El procedimiento aplicable a tales efectos se encuentra regulado en la Decisión 425 'Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina', que tiene un capítulo dedicado específicamente a 'Los procedimientos para la calificación de gravámenes o restricciones' (artículos 46 a 55).

⁵² Para un mayor detalle, véanse: el documento “La solución de controversias en la CAN” de la Base de Datos Integrada de Controversias Comerciales de América Latina y el Caribe, disponible en web: <http://badicc.eclac.cl/controversias>; *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, SGCA, Lima, 2008, pp. 5-13; TANGARIFE TORRES, M., *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Departamento de Publicaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005, pp. 422-467; y, CASTRO BERNIERI, J., “El comercio intracomunitario y el Mercado Común Andino”, *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 117-141.

A tenor de este instrumento, cuando los países miembros o los particulares interesados (es decir, aquellos que acrediten ser titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en el asunto)⁵³ consideren que una medida aplicada unilateralmente por un país miembro constituye un gravamen o una restricción al comercio intrasubregional, podrán dirigirse a la SGCA a fin de solicitar su pronunciamiento⁵⁴. Una vez que la SGCA compruebe que la solicitud cumple los requisitos exigidos por la Decisión 425 y que incluyen la identificación del solicitante y de la medida que se impugna⁵⁵, dará inicio a la investigación.

La SGCA podrá igualmente iniciar investigaciones de oficio, cuando disponga de información con respecto a las medidas aplicadas unilateralmente por un país miembro que puedan suponer vulneraciones del “Programa de liberación”⁵⁶.

Tras la oportuna investigación, la SGCA emitirá una Resolución determinando si la medida es o no un gravamen o una restricción al comercio intrasubregional. Dicha Resolución incluirá la determinación de un plazo, compatible con la urgencia del caso y que, salvo circunstancias excepcionales, no excederá de un mes, para que el país miembro señalado retire el gravamen o restricción⁵⁷.

Si dentro del plazo marcado dicho país no levanta la medida, la SGCA “emitirá, a la brevedad posible, un dictamen motivado, a partir del cual esta o el país miembro afectado, podrán acudir directamente al Tribunal”⁵⁸ en acción por incumplimiento. El incumplimiento de la Resolución de la SGCA podría también motivar una acción reparatoria de responsabilidad patrimonial por parte del particular perjudicado ante el juez nacional sobre la base del artículo 31 del TCTJCA, como explicaremos con más detalle en el Capítulo III.

Interesa señalar que, respecto de cualquier Resolución emitida en el marco de los procedimientos administrativos, los interesados podrán deducir ante la SGCA recurso de

⁵³ Artículo 2 de la Decisión 425.

⁵⁴ Artículo 46 de la Decisión 425.

⁵⁵ Artículo 47 de la Decisión 425.

⁵⁶ Artículo 49 de la Decisión 425.

⁵⁷ Artículo 55 de la Decisión 425.

⁵⁸ Artículo 26 del TCTJCA.

reconsideración en el plazo de 45 días⁵⁹. En principio, el ejercicio de un recurso de reconsideración no tendrá efectos suspensivos⁶⁰; además, una vez interpuesto, el interesado no podrá impugnar el mismo acto ante el TJCA, mientras no se produzca la Resolución correspondiente o no venza el plazo que tiene la SGCA para resolver⁶¹.

Transcurrido el plazo sin que se solicite la reconsideración de la Resolución, esta devendrá firme. Contra ella cabrá una acción de nulidad ante el TJCA en los dos años siguientes a la fecha de su entrada en vigencia.

Como se decía, cuando un país miembro incumple la normativa andina fuera del ámbito del “Programa de liberación”, es decir, si se trata de “otros incumplimientos” (pensemos, por ejemplo, en una Decisión andina que armoniza o uniformiza el régimen de una determinada materia), se puede iniciar directamente la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento.

2.1.2.2. La fase precontenciosa de la acción por incumplimiento ante la SGCA

En el ámbito de la acción por incumplimiento, existen dos fases bien diferenciadas entre sí: una fase precontenciosa ante la SGCA, que puede iniciarse de oficio o a instancia de un país miembro o de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por la pretendida violación del Derecho andino; y, posteriormente, una fase judicial ante el TJCA.

La SGCA protagoniza la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento, mediante un procedimiento regulado por la Decisión 623 'Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento'⁶².

⁵⁹ Artículos 37 y 44 de la Decisión 425.

⁶⁰ Artículo 41 de la Decisión 425.

⁶¹ Artículo 43 de la Decisión 425.

⁶² El artículo 1 de la Decisión 425 establecía lo siguiente: “El presente Reglamento regirá los procedimientos para la expedición de Resoluciones y el ejercicio de los demás actos jurídicos análogos de la Secretaría General de la Comunidad Andina (...). En consecuencia, se aplica a: (...) d) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan *por objeto determinar la posible existencia de incumplimientos de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*; (...)” (énfasis añadido).

Este literal d) del artículo 1 de la Decisión 425 fue derogado por el artículo 36 de la Decisión 623 que estipula lo siguiente: “Se deroga (...) las referencias al procedimiento por incumplimiento del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General contenido en la Decisión 425”.

La fase precontenciosa ante la SGCA puede comenzar de oficio (artículo 23 del TCTJCA) o a petición de parte (“reclamo”), ya se trate de los países miembros (artículo 24 del TCTJCA) o de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos (artículo 25 del TCTJCA).

El artículo 23 del TCTJCA contempla la primera de estas situaciones en los siguientes términos:

“Cuando la Secretaría General considere que un país miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El país miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El país miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General”.

La SGCA podrá abrir el procedimiento sobre la base de su propia información o de aquella aportada por los países miembros y cualquier persona natural o jurídica (“denuncia”)⁶³. Es la SGCA quien decide discrecionalmente si inicia o no la fase precontenciosa de oficio. No obstante, si la información proporcionada por los países

⁶³ Sobre la “denuncia”, la SGCA ha precisado lo siguiente: “Ante un posible incumplimiento que llegue a conocimiento de la Secretaría General, ya sea por su propia información o por denuncias que presenten los países miembros o los particulares, afectados o no por el incumplimiento, este órgano comunitario dispone de un amplio margen de libertad para apreciar la vía más apropiada para eliminar el posible incumplimiento. Esa vía puede ser el inicio de un procedimiento por incumplimiento al amparo del artículo 23 del Tratado del Tribunal (...) En consecuencia, la Secretaría General podría iniciar un procedimiento por incumplimiento *ex officio* con fundamento en información proporcionada a través de denuncias de los países miembros o de particulares (...) la *denuncia* ‘es un documento en que se da noticia a la autoridad competente de la comisión de un delito o de una falta’, mientras que un reclamo es ‘pedir o exigir con derecho o con instancia algo’ y una reclamación es la ‘oposición o contradicción que se hace a algo como injusto, o mostrando no consentir en ello’ (...). Véase el Documento de trabajo ‘Solución de controversias derivadas de incumplimientos en la Comunidad Andina’, SG/dt 258/Rev.1 de 22.10.2004, pp. 17 y 19.

miembros o las personas naturales o jurídicas se ajustara a los requisitos previstos en el artículo 14 de la Decisión 623 anteriormente mencionada⁶⁴, se seguirá el procedimiento como si hubiera iniciado a petición de parte (“reclamo”)⁶⁵.

La nota de observaciones emitida por la SGCA contiene: la descripción de las medidas o conductas que configuran el incumplimiento, la identificación de las disposiciones del ordenamiento jurídico de la CAN que estarían siendo vulneradas y las razones por las cuales se considera que las medidas o conductas del país miembro constituyen un incumplimiento⁶⁶.

Una copia de la nota de observaciones será enviada a los demás países miembros, los cuales dispondrán, a partir de su notificación, del mismo plazo concedido en la nota para presentar los elementos de información que consideren pertinentes⁶⁷.

La SGCA indicará un plazo prudencial compatible con la gravedad del caso para que el Estado de que se trate conteste las observaciones. En principio, dicho plazo (que la SGCA podrá prorrogar, siempre que la solicitud a tal efecto sea presentada dentro del

⁶⁴ Según estipula este precepto:

“El reclamo formulado por un país miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos deberá contener:

- a) La identificación completa del reclamante;
- b) La expresión de que actúa conforme al artículo 24 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando se trate de reclamos formulados por un país miembro; o del artículo 25 cuando se trate de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos;
- c) La identificación y descripción clara de las medidas o conductas que el reclamante considera que constituyen un incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente;
- d) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento;
- e) Las razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un país miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas; y,
- f) En el caso de que el reclamante considere que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante, las razones que sustenten dicha consideración.

Cuando el reclamo sea presentado por un país miembro deberá ser suscrito por la autoridad nacional competente para efectos de los procedimientos previstos en la presente Decisión o por quienes fueren acreditados por dicha autoridad.

Cuando el reclamo sea presentado por personas naturales o jurídicas deberá contener, adicionalmente, la indicación de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, así como el número de teléfono, telefax o correo electrónico. Asimismo, deberá acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos, su representación legal o mandato así como la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional”.

⁶⁵ Artículo 3 de la Decisión 623.

⁶⁶ Artículo 4 de la Decisión 623.

⁶⁷ Artículo 5 de la Decisión 623.

plazo concedido)⁶⁸, no deberá ser mayor de 60 días naturales ni menor de 10 días hábiles. En el caso de “incumplimientos flagrantes” o cuando el incumplimiento alegado consista en la aplicación de un gravamen o de una restricción al comercio calificado como tal por Resolución de la SGCA, el plazo concedido no deberá exceder de 20 días hábiles⁶⁹.

Vencido el plazo para contestar la nota de observaciones, la SGCA emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico andino⁷⁰. El TCTJCA vuelve a establecer un régimen excepcional o especial, con plazos abreviados, para la emisión del dictamen para los supuestos de “incumplimientos flagrantes” o cuando hubiese mediado una Resolución de la SGCA de verificación de la existencia de un gravamen o restricción al comercio intrasubregional⁷¹. La cuestión no está exenta de lógica: se trata de supuestos obvios y evidentes, o bien de casos de los que la SGCA ya conoció en el marco del procedimiento administrativo al que antes nos referíamos, siendo ella misma quien emitió la correspondiente Resolución. La SGCA se encuentra, pues, en condiciones de emitir un dictamen con mayor celeridad.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y vencido el plazo previsto en él (que habrá de ser compatible con la urgencia del caso, pero no menor de 15 días ni mayor de 30)⁷², sin que el país miembro informe sobre la adopción de medidas dirigidas a corregir el incumplimiento, la SGCA *deberá* solicitar, a la brevedad posible, en un plazo prudencial, el pronunciamiento del Tribunal⁷³.

⁶⁸ De acuerdo con el artículo 6 de la Decisión 623:

“La Secretaría General podrá prorrogar el plazo concedido para dar contestación a la nota de observaciones, siempre que la solicitud de prórroga sea presentada dentro del plazo concedido, exponga motivos razonables y además el plazo para contestar la nota de observaciones, incluida la prórroga, no exceda de sesenta (60) días calendario o de veinte (20) días hábiles en caso de incumplimientos flagrantes. La prórroga será comunicada y aplicada en sus efectos a los demás países miembros. (...)”.

⁶⁹ Artículos 4, 6, 16 y 17 de la Decisión 623.

⁷⁰ Artículo 8 de la Decisión 623.

⁷¹ En virtud del artículo 26 del TCTJCA:

“En los casos en que se hubiere emitido una Resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate de un caso de incumplimiento flagrante, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento, emitirá, *a la brevedad posible*, un dictamen motivado, a partir del cual esta o el país miembro afectado, podrán acudir directamente al Tribunal” (énfasis añadido).

⁷² Artículo 9, literal g, de la Decisión 623.

⁷³ Artículo 12 de la Decisión 623.

Pero, como decíamos, la fase precontenciosa ante la SGCA puede iniciarse también a petición de parte (“reclamo”), sea de un país miembro (artículo 24 del TCTJCA), sea de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos (artículo 25 del TCTJCA), bajo la condición de que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Decisión 623, ya citado⁷⁴.

El artículo 24 del TCTJCA estipula:

“Cuando un país miembro considere que otro país miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal”.

Por su lado, el artículo 25 del TCTJCA prevé:

“Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24.

⁷⁴ Ver nota 64, supra.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa”.

Como puede apreciarse, la legitimación activa de los países miembros en el “reclamo” no suscita dudas y se da con independencia de si el incumplimiento les causa perjuicio o no. Sin embargo, cuando se trata de una persona natural o jurídica se exige que se pruebe una afectación a sus derechos. El particular “deberá acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos, su representación legal o mandato así como la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional”⁷⁵. Sea en la fase precontenciosa o en la judicial, el acceso de los particulares a la acción por incumplimiento es más limitado del que tienen con respecto de la acción de nulidad pues, a diferencia de esta, donde solo es necesario acreditar un interés legítimo, en la acción por incumplimiento es menester demostrar la afectación de un derecho del actor, como lo dispone claramente el artículo 25 del TCTJCA⁷⁶.

El “reclamo” formulado por un país miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos seguirá el trámite regulado en los artículos 13 a 23 de la Decisión 623, que venimos manejando. En caso de omisiones o insuficiencias, la SGCA concederá un plazo de 15 días hábiles para su corrección. Si el reclamante no aportase la información exigida o esta fuere aún insuficiente, la SGCA podrá declarar inadmisibile el reclamo, notificándolo inmediatamente a aquel. El pronunciamiento de la SGCA no impedirá que se pueda adelantar, de oficio, un procedimiento con arreglo al artículo 23 del TCTJCA⁷⁷.

La SGCA dispondrá el archivo del expediente cuando el interesado desista de su reclamo antes de la emisión del dictamen. Si en el desarrollo de los procedimientos la SGCA encuentra que el posible incumplimiento abarca aspectos distintos a los

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ El TJCA ha manifestado al respecto: “Que la acción de incumplimiento solo puede ser ejercida por [el particular que] se afirme titular de un derecho, y que la carga de probar en autos la afectación del citado derecho incumbe al actor; Que el recurrente en el presente caso no fundamentó su acción en la afectación de su derecho, como lo exige el artículo 25 del TCTJCA, sino en la presunta titularidad de un interés legítimo, razón suficiente para ejercer la acción de nulidad, pero no bastante para ejercer la de incumplimiento” (Auto del TJCA de 29.1.2003, Proceso 75-AI-2001, p. 4).

⁷⁷ Artículo 15 de la Decisión 623.

contenidos en el “reclamo”, formulará de oficio sus observaciones, con arreglo a lo previsto en el artículo 23 del TCTJCA⁷⁸.

Tanto si la SGCA activó la fase precontenciosa de oficio como si lo hizo a petición de parte, la SGCA podrá celebrar reuniones con la finalidad de recabar información complementaria o de realizar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento⁷⁹. Asimismo, la SGCA deberá practicar todas las diligencias necesarias para verificar la existencia y el alcance del incumplimiento⁸⁰.

La contestación a las observaciones de la SGCA, producidas en el marco de los artículos 23, 24 o 25 del TCTJCA, por parte del país miembro al que se dirigen constituye una obligación que ha de ser satisfecha dentro del período establecido para ello⁸¹.

En cualquiera de los marcos procesales contemplados, la fase precontenciosa culmina con la emisión de un “dictamen” —sea de cumplimiento o de incumplimiento—, el cual no es vinculante, tiene la naturaleza de opinión autorizada o calificada y, sobre todo, constituye un requisito de procedibilidad para poder interponer la demanda correspondiente ante el TJCA⁸². Contra el dictamen no procede recurso de

⁷⁸ Artículo 23 de la Decisión 623.

⁷⁹ Artículo 7 de la Decisión 623.

⁸⁰ Sobre la actuación de la SGCA, el TJCA ha precisado: “[E]l impulso y dirección del procedimiento previo de incumplimiento se encuentra a cargo de la Secretaría General, Institución que debe practicar *ex officio* las diligencias necesarias para llegar a la convicción de la existencia o no de un incumplimiento de las normas comunitarias, independientemente de que la causa hubiere tenido su origen en la instancia de un país miembro, de un particular afectado o por su propia iniciativa. La Secretaría General cumple, en este sentido, un papel de representante de los intereses público-comunitarios y, por tal motivo, no puede limitarse a lo que dispongan las partes, sino que deberá indagar sobre los hechos e instruir oficiosamente el procedimiento” (STJCA de 13.10.2000, Proceso 43-AI-99, p. 8).

⁸¹ A este respecto, el TJCA ha tenido ocasión de declarar, refiriéndose al artículo 23 del TCTJCA: “En esta etapa corresponde a la autoridad administrativa comunitaria abrir un expediente y formular sus observaciones por escrito, invitando al país miembro concernido a presentar sus argumentos. Conforme se desprende del Tratado Constitutivo del Tribunal, la contestación a las observaciones formuladas por la Secretaría General constituye para el país miembro una ‘obligación’ que debe ser cumplida dentro de un período determinado. En efecto, el artículo 23 expresa que una vez enviadas las observaciones ‘el país miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General’. De modo que la intervención del país, cuya conducta ha sido objeto de observaciones en la etapa previa no resulta meramente facultativa, pues si bien esta oportunidad procesal le es concedida por el ordenamiento jurídico para garantizar su derecho de contradicción y defensa, su finalidad también va dirigida a precisar los hechos y las posibles justificaciones del país acusado por el incumplimiento y, de esta manera, a dotar de una mayor objetividad a la posición de la Secretaría General (...)” (STJCA de 13.10.2000, Proceso 43-AI-99, p. 8).

⁸² En palabras del TJCA: “[H]a sido enfático el Tribunal al considerar en reiteradas sentencias que, al igual que sucede en el Derecho comunitario que regula la Unión Europea, los Dictámenes motivados

reconsideración; ni mucho menos, una acción de nulidad ante el TJCA⁸³. Únicamente puede ser aclarado a instancias del reclamante o del país miembro al cual se dirige el dictamen⁸⁴; la SGCA, por su parte, puede revisarlo de oficio⁸⁵.

La apertura de la fase judicial puede ser obra de la SGCA, de los países miembros o de los particulares afectados en sus derechos.

En el caso de la fase precontenciosa iniciada a petición de parte (“reclamo”), si la SGCA no intentare la acción dentro de los 60 días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante o el particular afectado en sus derechos podrá acudir directamente al Tribunal⁸⁶. Lo mismo sucederá si la SGCA no emitiera su dictamen dentro de los 75 días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento⁸⁷. En todo caso, si el pronunciamiento de la SGCA no le satisface o este no se produce, el país reclamante o el particular afectado en sus derechos podrá acudir directamente al TJCA.

En otro orden de consideraciones, cabe destacar, por la diferencia que representa con respecto al sistema de la UE, el carácter obligatorio de la interposición de la demanda por parte de la SGCA ante el TJCA en los casos que el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones o del reclamo. Los artículos 23 y 24 del TCTJCA son imperativos de esta forma: “la Secretaría General *deberá* solicitar el pronunciamiento del Tribunal” (énfasis añadido).

previos a la acción de incumplimiento no son vinculantes, esto es, que no aparejan, en cuanto a su contenido material, la constitución de situaciones jurídicas definitivas ni en relación con el país miembro respecto del cual se profieren, ni en relación con quien interpuso la queja de incumplimiento ante la Secretaría General (...) Se trata de un requisito de procedibilidad de la acción cuya presencia es indispensable (salvo omisión en su pronunciamiento por la Secretaría General), para que pueda darse curso a la demanda correspondiente” (STJCA de 27.6.2002, Proceso 1-AI-2001, p. 21).

⁸³ El TJCA ha manifestado sobre el particular: “[l]os dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendientes a que el juez comunitario decida acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile. El país miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tienen siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento (...) tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo” (STJCA de 5.7.2000, Proceso 46-AI-99, p. 16).

⁸⁴ Artículos 10 y 22 de la Decisión 623.

⁸⁵ Artículo 11 de la Decisión 623.

⁸⁶ Artículos 24 y 25 del TCTJCA.

⁸⁷ Ídem.

Si bien la SGCA puede decidir discrecionalmente si inicia o no la fase precontenciosa⁸⁸, cuando se trate de un dictamen de incumplimiento y el país miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones o del reclamo, la discrecionalidad de la SGCA desaparece: siempre y en todos estos casos tendrá que solicitar el pronunciamiento del TJCA.

Sobre la diferencia en este punto entre los sistemas de la UE y de la CAN, SUÁREZ MEJÍAS ha apuntado que:

“[e]n Europa la actitud de la Comisión Europea en la fase administrativa de la acción de incumplimiento es más de solución política del asunto que de comportarse como un ‘juez administrativo’ como está previsto para la Secretaría General en el Tratado del Tribunal Andino, donde inclusive esta tiene la obligación de acudir al Tribunal en todos los casos si declara el incumplimiento, lo que en Europa queda a discrecionalidad del órgano ejecutivo, el cual ni siquiera tiene la obligación de pronunciarse sobre una solicitud de apertura de procedimiento de incumplimiento y esto se considera que no puede ser atacado ni siquiera por el recurso por omisión, situación ésta que no es igual en la Comunidad Andina en donde la Secretaría General tiene poco margen de maniobra o discrecionalidad”⁸⁹.

Si la SGCA actuó de oficio *ex* artículo 23 del TCTJCA sobre la base de una información aportada por cualquier persona natural o jurídica (“denuncia”), este denunciante no queda habilitado procesalmente para demandar de manera directa al Estado de que se trate ante el TJCA; mucho menos la sentencia por incumplimiento que eventualmente dicte el Tribunal a instancias de la SGCA constituirá título legal y

⁸⁸ La jurisprudencia andina ha reconocido los poderes discrecionales de la SGCA para iniciar una investigación de oficio (artículo 23 del TCTJCA), al expresar que: “El supuesto previsto en el artículo 23 del Tratado se encuentra condicionado a que la Secretaría General ‘considere’ que un país miembro haya incurrido en una infracción del ordenamiento jurídico comunitario, con lo cual se evidencia la amplia facultad de que dispone el Órgano ejecutivo de la Comunidad para apreciar si ha existido un incumplimiento y para estimar la conveniencia y oportunidad de emprender el procedimiento, independientemente de que la contravención haya sido detectada de oficio, por informaciones o denuncias provenientes de otros países miembros o particulares, sean o no perjudicados por la medida o la conducta acusada” (STJCA de 16.11.2001, Proceso 51-AI-00, p. 6).

⁸⁹ *Integración y Supranacionalidad en la Comunidad Andina: Proceso decisorio, Sistema jurisdiccional y relación con los Derechos nacionales*, Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, p. 121.

suficiente en el sentido del artículo 30 del TCTJCA. A lo sumo, supondrá un indicio probatorio del incumplimiento del Estado dentro de un proceso judicial nacional, de conformidad con el artículo 31 del TCTJCA. En definitiva, la sentencia del TJCA de condena no bastará por sí sola para que un juez nacional estime una acción reparatoria en el marco de este último precepto, porque para ello es preciso que concurren: la demostración de la afectación de derechos del particular, la existencia de un incumplimiento cualificado (“incumplimiento flagrante”) y el nexo causal directo entre la infracción y el daño cuya indemnización se pretende.

Si la SGCA actuó a petición de parte en el marco de un “reclamo” presentado por un particular afectado en sus derechos (artículo 25 del TCTJCA), este quedará habilitado procesalmente para demandar de manera directa al Estado en cuestión ante el TJCA, por lo que la sentencia por incumplimiento que, en su caso, dicte el Tribunal a instancias del propio particular constituirá título legal y suficiente para una acción reparatoria en sede nacional, de conformidad con el artículo 30 del TCTJCA.

2.2. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)

2.2.1. Presentación del TJCA

El Acuerdo de Cartagena, de 1969, careció durante 10 años de un órgano jurisdiccional que resolviera las controversias surgidas en el seno del proceso de integración, que velara por el cumplimiento y que interpretara de manera uniforme las normas de su ordenamiento jurídico.

SALDÍAS ha defendido que el motivo por el cual no se consideró la incorporación de un tribunal de justicia para la comunidad desde sus inicios fue que “la intervención de juristas no estaba contemplada, ni era deseada tampoco, pues reinaba la impresión que el impulso técnico de los economistas se vería entorpecido y enturbiado si acaso la discusión derivaba hacia los abogados”⁹⁰. “A fines de los años 60”, continúa escribiendo este autor, “no existía la convicción de que la Ley podía producir cambios sociales. Más bien reinaba la idea de que el Derecho debía procurar el marco mínimo para que las fuerzas económicas pudiesen actuar. (...) Los forjadores de la integración eran

⁹⁰ “La libre circulación de personas...”, *op. cit.*, pp. 6-7.

eminentemente economistas que desconfiaban de la injerencia de los juristas de la época. El Derecho no era visto como un instrumento capaz de realizar visiones y sueños. Las crónicas de la época sugieren que más bien se consideraba la Ley como un mal necesario, cuya intervención había que retrasar hasta el momento en que la Economía y los mercados hubiesen cumplido ya su objetivo”⁹¹.

Tras la conclusión del Acuerdo de Cartagena, los gobiernos creían que poseían la autoridad para aprobarlo a través de “decretos presidenciales”, prescindiendo de los Parlamentos nacionales. Su idea era que el Acuerdo de Cartagena derivaba del Tratado de Montevideo de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y que, teniendo en cuenta que los Estados miembros ya habían transferido las competencias necesarias a través de este tratado marco, podían acelerar el proceso por medio de acuerdos subregionales⁹².

En ese entonces, el sector privado se encontraba a favor del libre mercado y en contra de la política de sustitución de importaciones del Acuerdo de Cartagena, por lo que varias empresas interpusieron una demanda ante la Corte Suprema de Colombia, aduciendo que la celebración de dicho tratado por el gobierno colombiano había eludido el Parlamento y pretendiendo la invalidación del decreto presidencial de aprobación. En líneas generales, se alegó que las Decisiones andinas necesitaban de la aprobación previa del Parlamento para ser válidas en Colombia⁹³.

En 1971, la Corte Suprema de Colombia se pronunció señalando que el Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional y no un derivado del Tratado de Montevideo de la ALALC. En consecuencia, afirmó que el gobierno de Colombia había violado el

⁹¹ Ídem. En el mismo sentido, ALTER, K., HELFER, L. y SALDÍAS, O. han señalado: “Whereas Europe initially focused on market liberalization and support for the agriculture, coal and steel industries, Andean governments promoted a policy of import substitution, which sought to lesson dependency on foreign markets, build manufacturing sectors to take advantage of local capabilities, and diminish economic disparities across the region. (...) The original Andean Pact did not include a court, and Decisions did not have direct domestic effect. According to David Padilla, most Latin American trade agreements in the 1970s lacked legalized dispute resolution bodies. Padilla attributes this omission to the fact that economists—the chief negotiators of these treaties—were wary of “legalism” and feared that formal adjudication mechanisms would engender litigation by politically conservative lawyers” (“Transplanting the European Court of Justice ...”, *op. cit.*, p. 641).

⁹² Cfr. SALDÍAS, O., “Networks, Courts and Regional Integration. Explaining the Establishment of the Andean Court of Justice”, *The Transformative Power of Europe*, Kolleg-Forscherguppe (KFG) Working Paper Series, N° 20, Freie Universität Berlin, November 2010, p. 16.

⁹³ Cfr. ALTER, K., HELFER, L. y SALDÍAS, O., “Transplanting the European Court of Justice...”, *op. cit.*, p. 642.

procedimiento habitual para la incorporación del Derecho internacional en el ordenamiento interno. Sin embargo, la Corte se negó a anular el decreto presidencial, basándose en la tradición jurídica colombiana que da prioridad a los compromisos internacionales siempre que el gobierno haya manifestado su consentimiento en obligarse por él. La Corte explicó que, aunque el gobierno de Colombia había infringido las normas nacionales al evitar el control nacional del Parlamento, no podía romper los compromisos internacionales contraídos. La demanda fue así desestimada y el Acuerdo de Cartagena considerado válido, sobre la base de que no cabe la anulación de los tratados concluidos de buena fe por razones de procedimiento⁹⁴.

Si bien la resolución de una controversia como la descrita hoy le seguiría correspondiendo a la Corte Suprema de Colombia, lo cierto es que la demanda fue clave y sirvió como catalizador para crear un tribunal supranacional propio, incapaz de realizar aseveraciones tales como que las Decisiones andinas requieren de una previa aprobación por parte del Parlamento nacional. Según SALDÍAS, en general, la creación misma del TJCA demuestra que “fue una herramienta para escapar del control político de actores nacionales”⁹⁵.

No es casualidad que ese mismo año, en 1971, la Comisión del Acuerdo de Cartagena, reunida en el VI Período Extraordinario de Sesiones, dejara constancia de la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional propio que solucionase las controversias⁹⁶.

En su momento, los países miembros tomaron en cuenta varios modelos de posibles sistemas de solución de controversias. En el marco del Instituto para la

⁹⁴ Cfr. SALDÍAS, O., “Networks, Courts and Regional Integration...”, *op. cit.*, p. 17. Como sabemos, el propio Derecho Internacional se muestra muy restrictivo a la hora de admitir que la violación de los procedimientos internos pueda operar como causa de nulidad de un tratado o como circunstancia que exime al Estado de que se trate de su cumplimiento (artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 1969).

⁹⁵ “¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial”, *Tribunales en Organizaciones de Integración: MERCOSUR, Comunidad Andina y Unión Europea*, HERNÁNDEZ RAMOS, M., SAIZ ARNAIZ, A., TORRES PÉREZ, A. y ZELAIA GARAGARZA, M. (Dir.), Primera edición, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 51 ss., p. 63.

⁹⁶ Cfr. SASAKI OTANI, M. A., “El sistema de sanciones...”, *op. cit.*, p. 304.

Integración de América Latina y el Caribe (INTAL)⁹⁷ se discutieron preliminarmente cinco, a saber, los correspondientes a: la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), el Mercado Común Centroamericano (MCCA), la Comunidad Europea (CE), la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, por sus siglas en inglés) y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés)⁹⁸.

El INTAL terminó inclinándose a favor del modelo europeo, con el argumento que los acuerdos complejos deberían estar altamente institucionalizados. SALDÍAS hace otra lectura y achaca a la presencia de la integración europea en la formación de los consultores de esta institución (empezando por el argentino Félix Peña, Director del Departamento de Estudios Legales) la apuesta a favor del modelo representado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)⁹⁹.

El informe del INTAL fue recogido por la JUNAC, que presentó un modelo para un tribunal con competencia para conocer de las acciones de nulidad y de incumplimiento y de interpretaciones prejudiciales; también daba entrada a la doctrina de la supremacía del Derecho comunitario¹⁰⁰.

En 1978 los presidentes del Grupo Andino, reunidos en Colombia, se manifestaron en los siguientes términos:

“Hemos llegado a la conclusión de que los avances registrados en el Proceso de Integración Andino demuestran la importancia de contar con un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas por la Comisión y la Junta, y dirima las controversias sobre el incumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interprete los principios que conforman la estructura

⁹⁷ El INTAL es un centro de investigación establecido por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cuya misión es la promoción y la consolidación de la integración regional. Véase: <http://www.iadb.org/es/intal/historia-del-intal,7588.html> (1.5.2016).

⁹⁸ Cfr. ALTER, K., HELFER, L. y SALDÍAS, O., “Transplanting the European Court of Justice...”, *op. cit.*, p. 644.

⁹⁹ SALDÍAS nos ofrece una novedosa visión interdisciplinaria sobre la creación del TJCA, poco común en Latinoamérica. Se trata de un análisis desde el punto de vista de las redes, que toma en consideración los hechos y las personas o los agentes de enlace para explicar los trasplantes legales (“Bringing The Think Tanks Into The Court Room. The Establishment of the Andean Court of Justice and the Action of Professional Networks”, *Workshop on Regional Integration*, University of Bamberg, 2010).

¹⁰⁰ *Ibídem*, p. 11.

jurídica del Acuerdo”¹⁰¹.

Después de mucho, el 28 de mayo de 1979 se creó, por voluntad de los presidentes andinos, el “Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia debía entrar en vigor tras la última ratificación de los países miembros, lo que aconteció el 19 de mayo de 1983, cuando Venezuela depositó su instrumento de ratificación. El 19 de agosto de 1983, mediante la Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se estableció su Estatuto y el Tribunal de Justicia entró en funciones recién el 2 de enero de 1984.

La influencia del modelo europeo en el resultado al que se llegó es fácilmente apreciable. En este sentido, el antiguo magistrado del TJCE, MOITINHO DE ALMEIDA, no tuvo dificultades en constatar que el Tribunal Andino:

“[e]s una institución permanente, dispone de las principales competencias atribuidas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (recurso de anulación, recurso por incumplimiento y cuestiones prejudiciales) y el nombramiento, estatuto y mandato de los respectivos miembros obedecen a normas sustancialmente análogas”¹⁰².

La adopción del modelo europeo para el Tribunal Andino confirmaría la teoría de las organizaciones internacionales que sugiere que estas “copias” tienden a modelarse tomando en consideración organizaciones semejantes que son percibidas “como más legítimas o exitosas”¹⁰³. Esta acción mimética se da muchas veces por una expectativa de “aumento de la legitimidad”¹⁰⁴.

¹⁰¹ BARRIENTOS CAZAZOLA, E., “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Antecedentes históricos, estructura y composición, competencias y procedimientos”, *La integración, el Derecho comunitario y el Pacto Andino*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 1997, pp. 87 ss., p. 88.

¹⁰² “El modelo comunitario europeo y su influencia en los procesos de integración”, *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho comunitario andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, Venezuela, 1995, p. 27.

¹⁰³ SALDÍAS, O., “Bringing The Think Tanks Into The Court Room...”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁴ Para un mayor detalle, véase: QUINDIMIL LÓPEZ, J. A., “El fenómeno del mimetismo entre organizaciones internacionales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 6, 2002, pp. 585 ss.

Sobre la influencia europea en el ámbito judicial andino, HELFER y ALTER han resaltado lo siguiente:

“When member states decided to create a judicial body to interpret and help enforce Andean rules, *they looked to Europe for guidance. The ATJ, which began operations in 1984, is a close copy of the CJEU*. It has very similar jurisdictional provisions and access rules, including a preliminary reference mechanism. The ATJ’s founders were also aware of key doctrines that the CJEU had developed to promote European integration. When the Andean Tribunal first began to hear cases in 1987, it emulated CJEU jurisprudence. Early ATJ rulings confirmed key E.U. doctrines — that Andean law had direct effect and supremacy over national law, and preempted conflicting domestic legislation. Whereas European judges had created these doctrines themselves, the ATJ suggested that member states had implicitly endorsed them”¹⁰⁵ (el énfasis es nuestro).

Sea como fuere, lo cierto es que el sistema de solución de controversias de la CAN es uno de los más avanzados a nivel mundial, después del de la UE, y otorga un soporte institucional clave a la CAN¹⁰⁶, ya que permite resolver los conflictos que surjan entre los países miembros, entre estos y los órganos comunitarios, o inclusive aquellos casos en los cuales se encuentran vinculados intereses legítimos o derechos subjetivos de los particulares¹⁰⁷.

El 28 de mayo de 1996, se firmó el Protocolo modificadorio del “Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, que entró en vigencia el 25 de agosto de 1999. Mediante dicho Protocolo se incrementaron los poderes del órgano jurisdiccional y se le rebautizó como “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. El 22 de junio de 2001, el CAMRE

¹⁰⁵ “Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14:479, 10.08.2013, pp. 479 ss., pp. 494-495. En este mismo sentido, véase también: ALTER, K., “The Global Spread of European Style International Courts”, *Faculty Working Papers*, Paper 7, 2011, p. 15.

¹⁰⁶ Para un mayor detalle véase: VIGIL TOLEDO, R., “El aporte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a la integración suramericana”, *Estado y futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina*, I Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, ÁLVAREZ ZÁRATE, J., GRANDO, M. y HESTERMEYER, H. (Dirs.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 345 ss.

¹⁰⁷ Cfr. TANGARIFE TORRES, M., *Derecho de la integración...*, *op. cit.*, p. 331.

derogó la Decisión 184 y emitió la Decisión 500, por la que se estableció el nuevo Estatuto del TJCA que, junto con el TCTJCA, constituyen actualmente las normas básicas del TJCA.

El artículo 4 del ETJCA configura a esta institución en los siguientes términos:

“El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los países miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los países miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino”.

Los magistrados del TJCA son designados a propuesta de los países miembros, deben ser nacionales de cada uno de los países, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. Son elegidos por la unanimidad de los plenipotenciarios acreditados para tal efecto a partir de ternas presentadas por cada país miembro por un período de seis años, sujeto a la posibilidad de reelección¹⁰⁸.

Los magistrados gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones y no pueden dedicarse a otras funciones profesionales, remuneradas o no, salvo las docentes. Además, disfrutan de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales en el territorio de los países miembros y, en especial, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, instrumento frente al que tienen la consideración de *jefes de misión*¹⁰⁹.

Por otro lado, las sentencias del TJCA son de aplicación inmediata. En tal sentido, el artículo 41 del TCTJCA prescribe que: “Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los países miembros”.

¹⁰⁸ Véanse los artículos 5 a 16 del TCTJCA. La única reelección habida hasta la fecha es la del magistrado principal por la República del Perú, Ricardo Vigil Toledo, que detentó su cargo durante 12 años (2002-2013).

¹⁰⁹ Artículo 12 del TCTJCA.

Las sentencias tienen también valor de cosa juzgada, no pudiendo ser objeto de recurso ante otra instancia judicial. Sí cabrá solicitar al propio TJCA su enmienda, su ampliación o su aclaración. La enmienda tendrá lugar si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes, o si se hubiere pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda¹¹⁰. La ampliación buscará la resolución de algún punto controvertido que hubiese quedado pendiente¹¹¹. La aclaración (que, a diferencia de los otros dos recursos extraordinarios, solo podrá producirse a petición de las partes en el asunto y no de oficio) perseguirá la clarificación de los puntos de la sentencia que, a juicio de aquellas, resultaren ambiguos o dudosos¹¹².

Sobre la actividad jurisdiccional del TJCA podemos advertir que desde el 2014 esta se ha incrementado de manera exponencial¹¹³, especialmente en relación con las solicitudes de interpretación prejudicial, que constituyen aproximadamente el 90% de su actividad. Si en el período comprendido entre el 2008 y 2013 se habían recibido en promedio 172 solicitudes anualmente, en el 2014 dicha cantidad se duplicó y se recibieron 325 solicitudes. Esta tendencia continuó durante el 2015, año en el que se alcanzó la cifra histórica de 691 solicitudes presentadas por órganos jurisdiccionales, entidades administrativas¹¹⁴ y tribunales arbitrales¹¹⁵ de los cuatro países miembros: 397 de Colombia, 218 del Perú, 42 del Ecuador y 34 de Bolivia.

Como se puede apreciar, prácticamente se ha cuádruplicado el número de solicitudes de interpretación prejudicial. Asimismo, cabe destacar la mayor utilización del Sistema Andino de Solución de Controversias por parte de Bolivia, país desde el que se habían remitido únicamente dos solicitudes de interpretación prejudicial en el 2011 y seis en el 2014. Sin embargo, desde el 2015 llegaron 34 peticiones de Bolivia, un aumento que cabe atribuir a una importante labor de difusión del ordenamiento andino

¹¹⁰ Artículo 92 del ETJCA.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Artículo 93 del ETJCA.

¹¹³ Este aumento exponencial se debe a la creación de la Octava Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima de la República del Perú (hoy Quinta Sala) y a la ampliación de la legitimidad activa de las oficinas nacionales competentes para solicitar interpretación prejudicial facultativa. En efecto, se han recibido solicitudes del Servicio Nacional de Propiedad Intelectual del Estado Plurinacional de Bolivia (SENAPI), de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia (SIC) y del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de la República del Perú (INDECOPI). Véanse las “Estadísticas de la actividad judicial del TJCA en el período 1984-2016”, Secretaría General del TJCA, Quito, 2016.

¹¹⁴ A manera ilustrativa, véanse los procesos 105-IP-2014, 121-IP-2014 y 242-IP-2015.

¹¹⁵ A manera ilustrativa, véanse los procesos 3-AI-2010 y 181-IP-2013.

llevada a cabo por el TJCA¹¹⁶.

En cuanto al volumen global de su actividad jurisdiccional, hasta el mes de abril de 2016, el TJCA ha conocido de: 3.689 interpretaciones prejudiciales¹¹⁷, 123 acciones por incumplimiento en contra de los países miembros, 62 acciones de nulidad, 18 procesos laborales y 7 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios, dando lugar a un total histórico de 3.899 sentencias. El TJCA se erige así como la tercera corte internacional más activa del mundo¹¹⁸.

SALDÍAS ha calificado dicha actividad como “impresionante para un esquema que es ambicioso, pero pequeño”¹¹⁹. Por su parte, HELFER, ALTER y GUERZOVICH han manifestado:

“Yet the Andean Community has achieved remarkable success within one part of its legal system. It is not widely known that the Community’s judicial arm, the Andean Tribunal of Justice (ATJ or Tribunal), is the world’s third most active international court, having issued over fourteen hundred rulings to date. The ATJ is less active than the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, but busier than the more intensively studied International Court of Justice, the institutions of the World Trade Organization (WTO) dispute settlement system, and other international courts and tribunals. Although activity is not the same thing as effectiveness, the ATJ’s caseload suggests that the Andean legal system provides a tool for litigants to protect their rights and interests —

¹¹⁶ *Informe de Labores de la Gestión 2015*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2016, pp. 7-8 y 65-66.

¹¹⁷ El 84.06% de las interpretaciones prejudiciales versan sobre propiedad intelectual: marcas, 71.66%; patentes, 10.30%; derechos de autor, 1.60%; derechos de obtentores vegetales 0.5%; otros (aduanero, libre comercio, etc.) 15.94%. Véanse las “Estadísticas de la actividad judicial del TJCA en el período 1984-2016”, Secretaría General del TJCA, Quito, 2016.

¹¹⁸ Sobre la actividad judicial de otras cortes internacionales de la región latinoamericana tenemos que hasta el 2011, la Corte Centroamericana de Justicia del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) había emitido 110 decisiones judiciales (véase: <http://portal.ccej.org.ni/ccj2/Historia/tabid/57/Default.aspx>) (15.2.2014).

Hasta el 2014, en el seno del MERCOSUR se habían dictado 25 decisiones judiciales: el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) ha emitido 13 providencias, el Tribunal Ad Hoc del Protocolo de Olivos 2 providencias y el Tribunal Ad Hoc del Protocolo de Brasilia 10 providencias (véase: http://www.tprmercosur.org/pt/sol_controversias.htm) (15.2.2014).

Hasta el 2014, la Corte de Justicia de la Comunidad del Caribe (CARICOM) había pronunciado 76 sentencias (Véase: <http://www.caribbeancourtsofjustice.org/judgments-proceedings/original-jurisdiction-judgments>) (15.2.2014).

¹¹⁹ “¿Refugiándose en redes epistémicas?...”, *op. cit.*, p. 64.

particularly for disputes relating to intellectual property (IP)— a subject that dominates more than 90 percent of the ATJ’s docket”¹²⁰.

Al ser la CAN y la UE procesos de integración supranacionales, el TJCA sigue muy de cerca el desarrollo de la jurisprudencia europea y ha recogido de manera uniforme los tres principios del efecto directo, de la aplicación inmediata y de la primacía del Derecho comunitario, consagrados en las sentencias *Van Gend & Loos*, *Flaminio Costa* y *Simmenthal*¹²¹, que fundamentan la esencia de la integración europea y que son el fruto de las consultas prejudiciales realizadas por las distintas cortes nacionales. También en el ámbito de la propiedad intelectual, el TJCA ha citado reiteradamente la doctrina del TJUE en sus fallos¹²².

El TJCA no ha dejado tampoco de manejar e invocar la doctrina europea. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Santiago Muñoz Machado, Robert Lecourt, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer o Ricardo Alonso García son algunos de los autores mencionados¹²³.

Sin embargo, en palabras de ALONSO GARCÍA:

“Esta inspiración en el sistema europeo, por lo demás, no se traduce en una importación irreflexiva de principios y técnicas jurídicas, manteniendo el Tribunal como propios del sistema andino rasgos ajenos a los configurados por el Tribunal europeo de Justicia (...) no solo la experiencia europea puede y debe servir para consolidar e intensificar los sistemas de integración en Latinoamérica. Antes al contrario, también la Unión Europea debería prestar atención al desarrollo de estos, a los efectos de tener en cuenta posibles elementos con los que perfeccionar y enriquecer un modelo que hace gala, desde sus orígenes, de un dinamismo en

¹²⁰ “Islands of effective international adjudication...”, *op. cit.*, p. 2.

¹²¹ STJCE de 5.2.1963, as. *Van Gend & Loos*, 26/62; de 15.7. 1964, as. *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, 6/64; y, de 9.3.1978, as. *Simmenthal*, 106/77.

¹²² Véanse los siguientes procesos: 13-IP-2004, donde se cita el criterio de la Oficina Europea de Patentes sobre la falta de novedad de una patente de invención; 179-IP-2006, donde se menciona la sentencia del TJCE en el asunto *Chiemsee*, de 1994, sobre la distintividad sobrevenida; y, 31-IP-2010, donde se invocan los criterios empleados por el TJCE sobre la distintividad de la marca. Al respecto, VIGIL TOLEDO, R., “El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos”, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 10.2.2011, p. 2 (disponible en: <http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/abstracts/Vigil.pdf>) (11.4.2013).

¹²³ Cfr. SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *Integración y Supranacionalidad...*, *op. cit.*, p. 94.

constante evolución”¹²⁴.

En ese paralelismo entre el TJCA y el TJUE, algunos autores han llamado la atención sobre el hecho de que en el ámbito andino ha faltado el apoyo de un *jurist advocacy movement*, que sí concurrió en el continente europeo; entendiendo por dicho concepto al grupo de abogados, jueces, académicos, asesores y funcionarios nacionales y europeos que se organizaron para defender determinados objetivos del proceso de integración regional¹²⁵.

2.2.2. Poderes del TJCA

Los poderes originales del TJCA consisten en la resolución de las acciones de nulidad e incumplimiento y la interpretación prejudicial. Los poderes sobrevenidos son: la excepción de inaplicación, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral, que fueron añadidos en virtud del Protocolo de Cochabamba, de 1996.

Si bien los instrumentos rectores de la CAN no contemplan expresamente la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios, tal como sí sucede en la UE, el TJCA reconoció la existencia de tal principio en el marco andino¹²⁶. Lógicamente, el TJCA no tiene forma de crear por sí mismo una vía de recurso autónoma y específica a tal fin. En este sentido, podemos adelantar que en el Capítulo IV de la presente tesis doctoral proponemos *de lege ferenda* la inclusión en el sistema de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios.

¹²⁴ *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, Cuadernos de Derecho Público, N° 1, Advocatus, Córdoba, 2008, pp. 73 y 84.

¹²⁵ Al respecto, ALTER apunta: “In particular, lawyers, law professors and judges —the key actors in the European legal integration accounts of Eric Stein, Joseph Weiler, Anne-Marie Slaughter, and Hjalte Rasmussen— have not mobilized in favor of the Andean integration project. (...) national judges are mostly reluctant interlocutors with the ATJ, and few attorneys, academics or firms outside of the technical IP field actively follow —let alone engage with— the Andean legal system. We also find a marked divergence between the activism of ECJ judges and the more reticent interpretative approach of their Andean counterparts” (“Jurist Advocacy Movements in Europe and the Andes”, *iCourts Working Paper Series N° 65*, University of Copenhagen, Faculty of Law - iCourts Center of Excellence, 17.5.2016, p. 4).

¹²⁶ Véanse: la STJCA de 17.11.2006, Proceso 214-AN-2005; y, el Auto del TJCA de 21.3.2007, Proceso 214-AN-2005.

Ahora pasaremos a describir brevemente la acción de nulidad, el recurso por omisión, la acción laboral y la competencia arbitral del TJCA, para luego analizar ampliamente la interpretación prejudicial y la acción por incumplimiento, por ser las pertinentes a efectos de la presente tesis doctoral.

La acción de nulidad debe ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión —del CAMRE o de la Comisión—, de la Resolución de la SGCA o del Convenio impugnado. Mediante la acción de nulidad se busca ejercer el control y la fiscalización de los actos comunitarios, declarando su nulidad cuando sean dictados en contravención de las normas del ordenamiento jurídico andino, incluso por desviación de poder (relativo al vicio en el fin perseguido). Esta acción puede ser interpuesta por el CAMRE, la Comisión, la SGCA, los países miembros y las personas naturales o jurídicas cuyos derechos subjetivos o incluso intereses legítimos sean afectados¹²⁷. En la acción de nulidad a los particulares les basta con acreditar la afectación de intereses legítimos.

El recurso por omisión o inactividad tiene por objeto “hacer cesar la inactividad y compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General, cuando se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento”¹²⁸. El recurso por omisión o inactividad puede ser intentado por el CAMRE, la Comisión, la SGCA, los países miembros y las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. Antes de recurrir al Tribunal, debe requerirse por escrito el cumplimiento de la actividad omitida al órgano correspondiente. Si pasados los 30 días desde el requerimiento, el órgano en cuestión no accede a la solicitud, el solicitante podrá interponer demanda ante el TJCA. Dentro de los 30 días siguientes a la admisión del recurso y una vez que se pidan explicaciones al representante del órgano acusado, el Tribunal emitirá la sentencia que corresponda¹²⁹. En la CAN, las sentencias por omisión son solo declarativas, puesto que exclusivamente señalan la forma, la modalidad y los plazos en los que los órganos comunitarios deben

¹²⁷ Sobre la acción de nulidad, artículos 17 a 22 del TCTJCA.

¹²⁸ STJCA de 22.10.2003, Proceso 70-RO-2003, p. 4.

¹²⁹ Artículo 37 del TCTJCA.

cumplir con sus obligaciones.

La acción laboral se refiere a la solución de controversias en el marco de una relación de trabajo entre los órganos del SAI y sus funcionarios o empleados. Previamente, el afectado deberá requerir sus derechos laborales a sus empleadores. Esta acción sigue un procedimiento especial, en el que, luego de contestada la demanda, se debe convocar a las partes a una audiencia de conciliación. En los casos laborales se aplican los principios generales del Derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y aquellos que sean comunes a los países miembros. La acción prescribe a los tres años contados desde el acto que originó el reclamo¹³⁰.

Finalmente, la competencia arbitral ofrece la posibilidad de que el TJCA y la SGCA resuelvan, ya sea en arbitrajes de derecho o en equidad (*ex aequo et bono*), las diferencias que puedan suscitarse entre los particulares por la interpretación y aplicación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina¹³¹. Con el reconocimiento de la competencia arbitral del TJCA y de la SGCA se amplió el acceso de los particulares a la justicia comunitaria cuando se trate de la interpretación o aplicación de una norma comunitaria. Sin embargo, esta competencia arbitral de ambos órganos no ha sido debidamente reglamentada por el CAMRE, por lo que en la práctica nunca se ha podido activar¹³².

2.2.2.1. La interpretación prejudicial

El artículo 121 del ETJCA prescribe que: “Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros”.

¹³⁰ Artículos 40 del TCTJCA y 139 del ETJCA.

¹³¹ Artículos 38 y 39 del TCTJCA. A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad. En cambio, la SGCA emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica acordes con el ordenamiento jurídico de la CAN. En principio, los laudos que emita la SGCA serán también obligatorios e inapelables. Sin embargo, las partes pueden acordar la existencia del recurso de apelación o, en su caso, de nulidad; y, si no lo hacen, los laudos serán ejecutoriados, conforme a las disposiciones internas de cada país miembro (Cfr. VIGIL TOLEDO, R., *La estructura jurídica...*, *op. cit.*, p. 145).

¹³² En efecto, la segunda disposición transitoria del ETJCA establece que: “El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a propuesta de la Comisión y en consulta con el Tribunal, adoptará la Decisión referente a la función arbitral prevista en la Sección V del Capítulo III del Tratado, la que se incorporará al presente Estatuto en lo pertinente”.

Esta acción es de colaboración y cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario. La interpretación es solicitada por un “juez nacional” de un país miembro que esté conociendo de un litigio, cuando para resolverlo tenga que aplicar el Derecho de la CAN¹³³. El TJCA ha interpretado de manera amplia y generosa el concepto de “juez nacional”, incluyendo a los órganos administrativos de los países miembros¹³⁴, así como a los árbitros¹³⁵.

¹³³ Sobre la interpretación prejudicial, el TCTJCA establece lo siguiente:

Artículo 32.- Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros.

Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en Derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en Derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

Artículo 34.- En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Artículo 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

Artículo 36.- Los países miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección.

¹³⁴ Mediante sentencia de 20.11.2014, recaída dentro del Proceso 121-IP-2014, el TJCA ha interpretado de manera amplia el concepto de “juez nacional”, incluyendo a los órganos o entidades administrativas de los países miembros. En efecto, el TJCA ha señalado que:

“En la primera oportunidad en la que un órgano o entidad administrativa realice una consulta con el propósito de obtener la interpretación prejudicial, esta deberá acreditar que: 1) se ha constituido por mandato legal, 2) se trata de un órgano permanente, 3) el carácter obligatorio de sus competencias, 4) el deber de aplicar normas comunitarias andinas en el ejercicio de sus competencias, 5) el carácter contradictorio de los procedimientos a su cargo y el respeto al debido proceso; y, 6) la imparcialidad de sus actos”. En el caso particular, el TJCA verificó que “la Dirección de Signos Distintivos y la Comisión de Signos Distintivos son órganos dentro de la estructura orgánica del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), de la República del Perú, constituidas por mandato legal con carácter permanente, cuya jurisdicción es obligatoria, asumiendo competencia primaria exclusiva para conocer y resolver el procedimiento aplicando la normativa andina. Asimismo, el presente procedimiento respeta el debido proceso y posee el carácter contradictorio, además de que debido a su autonomía funcional queda garantizada su imparcialidad”. En consecuencia, el TJCA concluyó que: “En el presente caso se ha verificado que la Dirección de Signos Distintivos y la Comisión de Signos Distintivos del INDECOPI actúan como ‘juez nacional’, de conformidad con los criterios establecidos por este Tribunal, por lo que ha quedado verificada su legitimidad activa para solicitar interpretación prejudicial facultativa”.

¹³⁵ Mediante STJCA de 26.8.2011, Proceso 3-AI-2010, el TJCA determinó por primera vez la obligación de un tribunal arbitral de solicitar interpretación prejudicial, de la siguiente manera:

“Con ocasión de los procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, este Tribunal Comunitario amplió el concepto de juez nacional, a efectos de determinar quiénes podían solicitar una interpretación prejudicial. En este sentido, se incluyó dentro de este concepto a las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales, como era el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, que solicitó la interpretación prejudicial. Es decir, el Tribunal amplió el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades administrativas que cumplan funciones

Sobre la relación entre el “juez nacional” y el TJCA, la Corte Constitucional de la República de Colombia ha tenido ocasión de manifestar:

“El sistema judicial comunitario, no se compone únicamente del Tribunal del Acuerdo de Cartagena, sino que conforma un concepto de mayor alcance, comprensivo tanto de las jurisdicciones de los Estados miembros como del Tribunal de Justicia. El tribunal no es el único que tiene jurisdicción comunitaria en cuanto a aplicaciones del derecho se refiere, por lo cual debe compartir sus funciones con las justicias nacionales sin afectar la autonomía judicial en los Estados miembros. (...) El papel del juez nacional en este sentido se convierte en pieza clave, puesto que por el camino de la interpretación prejudicial este se consolida como la instancia más inmediata que tiene el ciudadano para la aplicación del derecho de integración. Las relaciones interjurisdiccionales entre los tribunales comunitarios y las justicias nacionales se aplican básicamente en el ejercicio de la función de interpretación prejudicial que otorga a estas últimas el derecho de recurrir en consulta al tribunal en asuntos atinentes a la ley de la Comunidad, por una parte, y, por otra, la obligación de aplicar la interpretación efectuada por el Tribunal”¹³⁶.

La interpretación realizada tiene carácter obligatorio. Lo resuelto por el TJCA vincula al juez nacional remitente, en el sentido que deberá dar a la normativa comunitaria, dentro del litigio nacional, el significado recogido y decidido por el Tribunal¹³⁷.

jurisdiccionales y que actúen como única o última instancia ordinaria. En este contexto, deriva necesario determinar si los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, por tanto, se encuentran incluidos dentro del concepto anterior”.

En efecto, el TJCA determinó que si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia ordinaria, para los efectos de la norma comunitaria actúan como verdaderos jueces nacionales, por lo que de acuerdo con la interpretación extensiva estarían incluidos dentro del concepto de “juez nacional”, los árbitros que deciden en derecho. Por lo tanto, el TJCA decidió que los árbitros se encuentran obligados a solicitar la interpretación prejudicial de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de los organismos judiciales nacionales.

¹³⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 25.5.1995, Expediente D-576.

¹³⁷ El artículo 127 del ETJCA dispone:

“El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

La consulta puede ser facultativa u obligatoria. Será facultativa para los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, pero que no son de única o última instancia ordinaria¹³⁸. En cambio, si se trata de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos ordinarios en el Derecho interno y en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas andinas, el juez nacional deberá suspender el proceso y solicitar obligatoriamente la interpretación al Tribunal¹³⁹.

Recibida la solicitud de interpretación prejudicial, dentro del término de 30 días siguientes al de la admisión de aquella por el TJCA, este dictará sentencia. En ella el TJCA deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, referidas al caso concreto. El TJCA no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a estos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada¹⁴⁰.

Cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo o cuando, efectuada esta, se separe de la interpretación del TJCA, los países miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el TJCA en ejercicio de la acción por incumplimiento¹⁴¹. La práctica ha demostrado, sin embargo, que esto no suele suceder.

¹³⁸ Sobre la consulta facultativa, el artículo 122 del ETJCA prevé:

“Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en Derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso”.

¹³⁹ Sobre la consulta obligatoria, el artículo 123 del ETJCA proclama:

“De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en Derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

¹⁴⁰ Artículo 126 del ETJCA.

¹⁴¹ A la luz del artículo 128 del ETJCA:

“Los países miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los países miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial”.

En la mayoría de los casos no se cumple con esta obligación de fiscalización y control por parte de los países miembros y la SGCA.

Por otra parte, en cualquiera de los dos supuestos contemplados, los particulares podrán interponer una demanda de nulidad de sentencia en sede nacional por la contravención de una norma procesal de orden público, lo cual constituye una clara violación al debido proceso¹⁴².

Sobre este punto, la jurisprudencia andina ha señalado que:

“[e]l requisito de la solicitud de interpretación prejudicial, teniendo en cuenta la aplicación inmediata y el efecto directo de la normativa comunitaria andina, entra a formar parte de la normativa procesal nacional de manera inmediata y automática. Su incumplimiento acarrearía la nulidad de la sentencia y entraría a ser parte integrante de las causales de nulidad previstas en la normativa interna. Es importante recordar que la violación de las normas procesales es la base para alegar una violación al 'derecho al debido proceso'. De conformidad con las figuras procesales internas (...) recursos extraordinarios de revisión, casación (...) acciones constitucionales como la tutela, el amparo, la acción de protección, etc. De conformidad con las previsiones del Derecho interno, los afectados por este incumplimiento podrían solicitar la reparación del daño causado, utilizando, para el efecto, las figuras procesales nacionales”¹⁴³.

En la CAN no operan las teorías del “acto claro” y del “acto aclarado” que juegan en el seno de la UE como excepciones a la obligación de planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación¹⁴⁴. Para el TJCA, la claridad de una disposición o “[l]a existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida en un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su

Para un mayor detalle, véase: CIENFUEGOS MATEO, M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 25, 2013, pp. 1 ss., p. 33.

¹⁴² Cfr. GÁLVEZ KRÜGER, M. A., “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Revista Themis*, N° 42, pp. 131 ss., pp. 140-143.

¹⁴³ STJCA de 21.5.2014, Proceso 248-IP-2013, pp. 13-14.

¹⁴⁴ Al respecto, véase BUENO MARTÍNEZ, P. y PEROTTI, A., “La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?”, *Biblioteca Digital Andina*.

obligación de elevar la correspondiente solicitud de interpretación”¹⁴⁵.

Ello es así debido al efecto relativo e *inter partes* de la interpretación prejudicial, que solo vincula a los jueces involucrados en el caso concreto y no a los jueces del bloque regional¹⁴⁶. En palabras del TJCA: “la interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto”¹⁴⁷.

Según TOBÓN FRANCO, “[e]l fundamento de dicha posición es que el TJCA podría variar y cambiar su opinión cuando encuentre razones justificadas para hacerlo. El juez nacional debe solicitar la interpretación prejudicial siempre, aun en los casos similares o análogos, ya que en el ámbito andino no puede hablarse de una ‘precedencia’ interpretativa”¹⁴⁸.

Un gran sector de la doctrina opina que el TJCA debería revisar su posición para acoger, al menos, la teoría del acto aclarado, aunque bajo ciertas premisas, exigencias y circunstancias jurídicas, tendentes a evitar los abusos. Siguiendo, entre otros, a BUENO MARTÍNEZ y a PEROTTI¹⁴⁹, pensamos que la actual existencia de una amplia jurisprudencia sobre propiedad intelectual (que abarca cuestiones como los requisitos que debe reunir un signo para ser registrable, la semejanza entre signos, las marcas denominativas, gráficas o mixtas, o los signos evocativos) permitiría al juez nacional abstenerse de efectuar la consulta sobre dichas nociones o los preceptos en los que se emplean, dando directamente aplicación a dicha jurisprudencia. De esta forma, se evitaría la acumulación ante el TJCA de asuntos sobre la misma materia, que dan lugar a sentencias idénticas o muy semejantes que desvalorizan las funciones del Tribunal¹⁵⁰.

¹⁴⁵ STJCA de 26.1.1990, Proceso 3-IP-1989, p. 3.

¹⁴⁶ Cfr. KLEIN VIEIRA, L., *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea, Comunidad Andina y MERCOSUR*, Euros, Buenos Aires, 2011, p. 75.

¹⁴⁷ STJCA de 3.12.1987, Proceso 1-IP-87, p. 4.

¹⁴⁸ “La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina”, *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, N° 109, Bogotá, 2005, pp. 461 ss., p. 469.

¹⁴⁹ “La teoría del acto aclarado...”, *op. cit.*, pp. 6 ss.

¹⁵⁰ En un sentido similar, VIGIL TOLEDO, R., “La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la consulta prejudicial”, *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Testimonio Comunitario*, Quito, 2004, p. 145; o, CIENFUEGOS MATEO, M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea...”, *op. cit.*, p. 30. CIENFUEGOS MATEO, M., “Consultas prejudiciales en la Comunidad Andina y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: ensayo de comparación”, *Revista de la Facultad*, vol. IV, N° 1, Nueva Serie II, 2013, pp. 37 ss., p. 55.

Otros autores y miembros del TJCA han manifestado, en cambio, sus cautelas, al menos mientras el proceso no tenga la suficiente madurez en todos los países de la CAN (SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado y el Derecho Comunitario: una visión europea, andina y*

La interpretación prejudicial tiene un efecto *ex tunc*; es decir, desde el momento de la entrada en vigor de la norma comunitaria interpretada. La norma comunitaria así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez nacional, incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de ser emitida la interpretación prejudicial.

2.2.2.2. La acción por incumplimiento

El artículo 107 del ETJCA prescribe:

“La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un país miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación”.

En la práctica, la acción por incumplimiento empezó funcionar en 1996, año en el que la JUNAC interpuso la primera demanda de incumplimiento ante el Tribunal Andino. A partir de entonces, este mecanismo de control de cumplimiento de las obligaciones de los países miembros ha tenido un importante desarrollo.

En relación con el objetivo de esta acción, la jurisprudencia del TJCA ha indicado:

“(…) a través de dicha acción, se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los países miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal asegura la observancia de la normativa jurídica andina, así como el control de la legalidad

venezolana, Colección Cuadernos N° 10, Sherwood, Caracas, 2006, p. 106; y, TROYA JARAMILLO, “Comentarios y sugerencias del TJCA al Proyecto de Protocolo modificatorio del TCTJCA”, Quito, 2014).

del sistema, de acuerdo con lo previsto en el TCTJCA, que lo consagra como el Órgano Jurisdiccional de la Comunidad, con competencias para declarar e interpretar uniformemente el Derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo”¹⁵¹.

El artículo 4 del TCTJCA es claro al establecer el denominado “principio de cooperación leal” o de “lealtad comunitaria”; lo hace en los siguientes términos:

“Los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.

Sobre las obligaciones de “hacer” y “no hacer” previstas en el citado artículo 4 del TCTJCA, el Tribunal Andino ha sostenido:

“Por la primera de las obligaciones citadas, los países miembros adquieren el compromiso de adoptar toda clase de medidas —sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden— que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda, deben abstenerse de adoptar toda medida, de la misma índole o naturaleza, que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento”¹⁵².

Con anterioridad hemos tenido ocasión de referirnos a la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento, que por parte de la CAN asume la SGCA. Por lo que se refiere a la fase contenciosa o judicial, se deberán analizar previamente los presupuestos procesales correspondientes. Es de observar que en la acción por incumplimiento, los países miembros son los únicos que tienen legitimación pasiva, en tanto que la SGCA, los países miembros y las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos son

¹⁵¹ STJCA de 27.8.2003, Proceso 52-AI-2002, p. 10.

¹⁵² STJCA de 27.10.1999, Proceso 4-AI-98, p. 9.

quienes tienen la legitimación activa.

A efectos de la admisión de la demanda por el TJCA, esta deberá cumplir los requisitos generales¹⁵³ y los requisitos específicos de las demandas en acción por incumplimiento¹⁵⁴. Uno de ellos es la presentación de una copia del dictamen motivado emitido por la SGCA; al respecto, la jurisprudencia andina ha dejado claro que, para asegurar la unidad del objeto de la acción por incumplimiento y garantizar así el derecho de defensa, es necesario que entre la nota de observaciones, el dictamen motivado y la demanda judicial exista una congruencia suficiente, de tal forma que la conducta objeto de la acción sea la misma en los tres actos y momentos referidos:

“Con el objeto de garantizar al supuesto país incumplidor el derecho de defensa, tanto en la etapa previa ante la Junta como en el proceso ante el Tribunal, la doctrina señala que los motivos del incumplimiento que se imputen en las observaciones y en el dictamen, deben ser los mismos y a su vez deben estar reflejados en la demanda judicial. Para este Tribunal Andino basta con que a su juicio exista suficiente congruencia en los tres momentos procesales, para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo a la controversia”¹⁵⁵.

Presentada la demanda y verificado el cumplimiento de las condiciones necesarias, el Tribunal emitirá un auto admisorio de la demanda, del que se dará traslado al demandado, junto con la demanda y sus anexos. Si en el término de 40 días el Estado demandado no presentara contestación a la demanda, se presumirá que ha contradicho este último escrito tanto en los hechos como en el derecho, de lo cual se dejará constancia en el expediente¹⁵⁶.

¹⁵³ Artículos 45, 46 y 47 del ETJCA.

¹⁵⁴ Artículo 49 del ETJCA:

“La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

- a) La copia del dictamen motivado emitido por la Secretaría General. De ser el caso, la demostración de que han transcurrido más de setenta y cinco días desde la fecha de presentación del reclamo, y la manifestación de que la Secretaría General no ha emitido su dictamen;
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos; y,
- c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional”.

¹⁵⁵ STJCA de 30.10.2006, Proceso 1-AI-96, p. 3.

¹⁵⁶ Artículo 60 del ETJCA.

En caso de presentarse la contestación de la demanda, el Tribunal admitirá este escrito procesal tras comprobar que, también por su parte, se respetan los requisitos formales exigidos. Si lo considera necesario, el TJCA abrirá la causa a pruebas y convocará a una audiencia pública. En dicha audiencia podrán participar las partes, representadas por sus abogados, y los asesores técnicos acreditados por aquellas.

La interposición de la demanda no tiene efectos suspensivos. Sin embargo, el Tribunal puede ordenar, a petición de la parte demandante, la suspensión cautelar de la medida estatal supuestamente infractora¹⁵⁷.

El proceso puede culminar con una sentencia declarativa del incumplimiento. En tal caso, el país condenado “quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución *en un plazo no mayor de 90 días* siguientes al de su notificación”¹⁵⁸. Frente a ese máximo, el TJCA podría establecer un plazo menor, en función de la entidad del incumplimiento y del tiempo que se requiere para su subsanación.

La ejecución de la sentencia condenatoria obliga al país miembro, entre otras cosas, a la reparación de los perjuicios causados a los particulares a raíz de tal incumplimiento. En este sentido, el artículo 30 del TCTJCA proclama que la sentencia que declara el incumplimiento “constituirá título legal y suficiente” para que los particulares perjudicados puedan reclamar, posteriormente, la indemnización ante un juez nacional. En el Capítulo II de la presente tesis ahondaremos con mayor detalle en la naturaleza declarativa de la sentencia por incumplimiento, sus efectos *ex tunc* y su ejecución. También examinaremos quiénes pueden aspirar a la reparación con dicha sentencia como “título legal y suficiente” y a través de qué vía procesal.

Únicamente las sentencias pronunciadas en acciones por incumplimiento son susceptibles del recurso extraordinario de revisión¹⁵⁹. En caso de falta de ejecución de la

¹⁵⁷ De acuerdo con lo previsto por el artículo 109 del ETJCA:

“El Tribunal, antes de dictar sentencia definitiva, a petición de la parte demandante y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación”.

¹⁵⁸ Artículo 111 del ETJCA.

¹⁵⁹ Artículo 29 del TCTJCA:

“Las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento son revisables por el mismo Tribunal, a petición de parte, fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso,

sentencia, el TJCA podrá iniciar, de oficio —con fundamento en su propia información— o a raíz de una denuncia de los países miembros, de los órganos comunitarios o de cualquier particular, el llamado “procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acción de incumplimiento”¹⁶⁰, que podrá desembocar en un auto del TJCA mediante el que se imponga al Estado en cuestión una “sanción” (según la expresión que utiliza el ETJCA)¹⁶¹. En principio, la sanción, que podrá ser aplicada por el país reclamante o por cualquier otro¹⁶², consistirá en la restricción total o parcial de las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al país miembro remiso¹⁶³.

siempre que el hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión.

La demanda de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que se descubra el hecho y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia”.

¹⁶⁰ Regulado en los artículos 112 a 120 del ETJCA.

¹⁶¹ El artículo 119 del ETJCA dispone:

“Si un país miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar *como sanción*, y conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al país miembro remiso” (el énfasis es nuestro).

En opinión del antiguo magistrado boliviano del TJCA, KAUNE ARTEAGA, “esta imposición de sanciones, más propiamente, deberían llamarse medidas de ejecución de sentencia” (*Manual introductorio sobre el Tribunal Comunitario Andino, dentro del contexto del Derecho Comunitario y sus competencias, responsabilidad patrimonial de los países miembros e indemnización de daños*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2007, p. 73). En contra de la calificación como “sanciones” de las multas coercitivas que puede aprobar el TJCE contra un Estado miembro por inejecución de una sentencia condenatoria, se ha manifestado también J. DIEZ-HOCHLEITNER (“La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, N° 3, Madrid, 1993, pp. 837 ss., p. 857), cuyo criterio fue expresamente endosado por el Abogado General FENNELLY (véanse las Conclusiones presentadas el 16.11.1995, as. C-334/94, apartado 17).

¹⁶² Artículo 27 del TCTJCA.

¹⁶³ La primera vez que el TJCA autorizó medidas de ejecución de sentencia fue en agosto de 1999 y consistió en la suspensión de preferencias en materia de origen. En los demás casos, el Tribunal ha autorizado la imposición de un gravamen adicional del 5% o, en casos de reiteración, del 10%, a cinco productos a elección de los países miembros. Cuando el Tribunal ha verificado que el incumplimiento ha sido parcialmente subsanado ha reducido la medida a dos o a un producto (SG/dt 258/Rev.1 de 22.10.2004, “Solución de controversias derivadas de incumplimientos en la Comunidad Andina”, p. 6). A manera ilustrativa, dentro del segundo procedimiento sumario del Proceso 118-AI-2003, este Tribunal ordenó lo siguiente: “Modificar las sanciones autorizadas en contra de la República de Colombia y autorizar a los países miembros de la Comunidad Andina para que impongan temporalmente un gravamen arancelario adicional del 10% a las importaciones que realicen a sus territorios, procedentes y originarias de la República de Colombia, de ocho productos de sectores relacionados o conexos al sector agrícola, tales como el sector agropecuario y el agroindustrial, siempre y cuando el mencionado porcentaje no supere el arancel nacional impuesto a las importaciones de terceros países en relación con los mismos productos (...)”. Véase el Auto del TJCA de 19.7.2012, Proceso 118-AI-2003, pp. 6-8.

CAPÍTULO II

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA CAN

Luego de analizar los aspectos generales del proceso de integración andino y aterrizar en la interpretación prejudicial y en la acción por incumplimiento, nos enfocaremos en el objeto específico del presente trabajo, cual es la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por incumplimiento del Derecho comunitario.

1. Consideraciones generales

Si analizamos la etimología de la palabra “responsabilidad”, esta deriva del verbo “responder”, que proviene del latín *respondere* y que significa “prometer, merecer, pagar una obligación contraída solemnemente, obligarse a dar una respuesta”¹⁶⁴.

KELSEN acotó que muchas veces la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados es interpretada justamente como una sanción y, en consecuencia, esa obligación es designada como responsabilidad. Sin embargo, el autor distingue tres conceptos que son diferentes entre sí: la sanción, la responsabilidad y la obligación¹⁶⁵.

Dichos conceptos podemos encontrarlos en la evolución misma del tratamiento del daño en la historia. Para las primeras culturas el daño se retribuía directamente a través de la venganza privada de la víctima o familiares. Desde entonces la regulación de dichos comportamientos apuntó solamente a la limitación de dicha retribución, cambiando la violencia por una sanción proporcional, lo que, sin duda, fue un primer avance para el Derecho. En el Código de Hammurabi, por ejemplo, si bien se establecía la Ley del Talió, ojo por ojo y diente por diente, también existía la compensación monetaria por daños no personales¹⁶⁶. Esta función punitiva se mantuvo incluso en la tradición civilista romana de la *Lex Aquilia*, donde la sanción en dinero constituía aún

¹⁶⁴ ACOSTA GARCÍA, C., *Responsabilidad patrimonial del Estado: Teoría y casos prácticos*, Novum, México D.F., 2012, p. 4.

¹⁶⁵ Cfr. *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, 16ª edición, Porrúa, México, 2009, p. 137.

¹⁶⁶ Cfr. BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 54-55.

una pena, más que una forma de reparar el daño¹⁶⁷.

En la Edad Media, por influencia del Derecho canónico, se intenta dotar a la responsabilidad de un sentido moral, razón por la cual la culpa pasa a tener un papel cada vez más preponderante: no hay responsabilidad sin culpa¹⁶⁸.

Los principios generales como el de “quien produce un daño está obligado a repararlo” se configuran en el Derecho francés de los siglos XVIII y XIX. En él se separó completamente la responsabilidad civil de la penal y se desarrolló el concepto de la responsabilidad como obligación de indemnizar los perjuicios efectivamente causados, tal como lo entendemos hoy¹⁶⁹.

La conceptualización de la responsabilidad del Estado se ha nutrido evidentemente de esta evolución, pero ha seguido su propio desarrollo histórico en relación a sus particularidades. Así, de un primer estadio en el que el poder soberano era considerado como totalmente irresponsable, hemos llegado a la situación actual en la que la responsabilidad patrimonial del Estado constituye un requisito esencial de lo que entendemos como Estado de Derecho. Al respecto, ARCHILA CÁRDENAS ha apuntado:

“Así es preciso indicar que la tesis referente a la responsabilidad del Estado ha sido el producto de una construcción que se ha realizado a lo largo del tiempo, en la que se ha buscado imputar al Estado la obligación de responder cuando en virtud de su actuar causa un daño antijurídico o perjuicio a un particular. Ahora bien, pese a que en un primer momento se tenía la concepción de que el Estado era completamente irresponsable, es decir que si con su actuación causaba un daño a un particular no se veía compelido a responder por este, toda vez, que se creía que era soberano y por eso sus acciones eran indiscutibles, esta concepción evolucionó a tal punto que hoy en día es evidente que el Estado está en la obligación de indemnizar a los particulares por los daños antijurídicos que les

¹⁶⁷ Cfr. SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “Los actos ilícitos en el Derecho romano”, *Revista Vniversitas*, 2004, pp. 692 ss., p. 714.

¹⁶⁸ Cfr. LÓPEZ HERRERA, E., “Introducción a la Responsabilidad Civil”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, 2004, p. 7. Disponible en: <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>

¹⁶⁹ Ídem.

cause”¹⁷⁰.

Así las cosas, la responsabilidad del Estado es uno de los grandes temas del Derecho actual y uno de los pilares en que se apoya la construcción teórica y práctica del Derecho administrativo¹⁷¹.

El “Estado de Derecho” implica necesariamente que el Estado ha de responder por los daños imputables a su actividad conforme a la teoría general en materia de responsabilidad. Ello representa un gran avance en la evolución jurídica de los límites del poder estatal¹⁷².

Hoy en día, el sistema imperante es el de la responsabilidad patrimonial del Estado objetiva y directa. A grandes rasgos podemos señalar que, para unos autores, el carácter “objetivo” de la responsabilidad atiende al aspecto de la irrelevancia del carácter intencionado de la acción generadora del daño, es decir, la responsabilidad no depende del dolo o la culpa; para otros, el carácter “objetivo” consiste en que no es preciso que la acción generadora del daño sea ilícita. Por otro lado, el carácter “directo” de la responsabilidad atiende a que no se distingue entre el servidor público que causó el daño y el Estado, pues se considera que cualquier culpa personal del funcionario se extiende hasta la persona jurídica del Estado.

Sobre este punto, cabe advertir que uno de los temas más descuidados en América Latina es justamente el de la responsabilidad patrimonial de los Estados, ya que, como advierte SUÁREZ MEJÍAS:

“[e]l ciudadano no cree en esta institución, esto cuando sabe de su existencia porque la mayoría ignora que existe y se comporta frente al Estado como se

¹⁷⁰ *Responsabilidad Patrimonial del Estado por infracciones al Derecho Comunitario Andino*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2015, p. 9.

¹⁷¹ Cfr. GARRIDO FALLA, F., “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, Buenos Aires, 1990. Citado por: SOTELO DE ANDREAU, M., “Las sanciones en materia de responsabilidad del Estado. Problemas actuales y Derecho comunitario”, *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, DAMSKY, I., LÓPEZ OLVERA, M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (Dir.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), México D. F., 2007, pp. 297 ss., p. 302.

¹⁷² Cfr. DELGADILLO GUTIÉRREZ, L., *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, Porrúa, México, 2005, pp. 6-7.

comportaban los súbditos del Estado absoluto, lo cual es muy grave porque el Estado de Derecho se nutre no solamente de lo que hacen los juristas sino también del comportamiento de los ciudadanos”¹⁷³.

Coincidimos con este autor cuando señala que “un Estado de Derecho o una Comunidad de Estados que no tenga prevista la responsabilidad patrimonial del poder público a favor de los ciudadanos es incompleto”¹⁷⁴.

1.1. Los orígenes de los artículos 30 y 31 del TCTJCA

El estudio del régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN gira en torno a un doble fundamento normativo: los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

El artículo 31 del TCTJCA establece:

“Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del Derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

Esta previsión (si bien como artículo 27) figura en el TCTJCA desde el principio, es decir, desde 1979. Quiere ello decir que la existencia de esta figura en la CAN es anterior a la sentencia *Francovich*, de 1991, en la que por vez primera el TJUE proclamó que la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros de la UE derivada de sus incumplimientos constituía un “principio inherente” al sistema de los tratados¹⁷⁵.

¹⁷³ *La Responsabilidad patrimonial del Estado...*, op. cit., p. 7.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 72.

¹⁷⁵ STJCE de 19.11.1991, as. *Andrea Francovich y Daniela Bonifacci y otros vs. República italiana*, C-6/90 y C-9/90.

Otra es la situación del artículo 30 del TCTJCA, que, conviene recordar, declara que la sentencia por incumplimiento que dicte el Tribunal a instancias del particular afectado en sus derechos “constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”. Y es que, en un primer momento, los particulares no contaban con acceso a la acción por incumplimiento, abierta únicamente a la JUNAC y a los países miembros. Así las cosas, las personas naturales o jurídicas podían presentar sus reclamaciones únicamente ante las cortes nacionales competentes conforme estaba previsto, de modo inequívoco, en el citado artículo 27 del TCTJCA en su versión original.

La apertura de la acción por incumplimiento a los particulares y la previsión del actual artículo 30 TCTJCA fueron introducidas en 1996, a través del Protocolo de Cochabamba. Se trató de una reforma auspiciada por el propio Tribunal, que buscó con ello aumentar la implicación de los individuos en el proceso andino.

En efecto, el TJCA presentó el Proyecto de Protocolo modificadorio del hoy TCTJCA, resaltando, como una de las razones de su escasa actividad jurisdiccional, la restringida legitimación activa en las acciones directas ante él¹⁷⁶. Lo cierto es que, hasta ese momento, solo se encontraban legitimados para dirigirse al Tribunal los países miembros, la Comisión y la JUNAC (hoy, SGCA); en tanto que los particulares, excepcionalmente, podían interponer acciones de nulidad en el caso que los actos recurridos les fueran aplicables y les causaran perjuicios.

Es en estas circunstancias que se propuso ampliar el *ius standi* de los particulares a través de una acción por incumplimiento abierta a cualquier persona, natural o jurídica, afectada en sus derechos, previo agotamiento de una fase precontenciosa ante la JUNAC¹⁷⁷. Se sugirió igualmente el reconocimiento al Tribunal de una nueva

¹⁷⁶ Exposición de Motivos del “Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” (1986), *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 1993, p. 193.

¹⁷⁷ Entre otros beneficios de la participación de los particulares en las acciones por incumplimiento, se consideró el hecho que “para el particular extranjero frente a un país que incumple, no resulta garantía suficiente el acceso a la jurisdicción de otro país, que le podría resultar extraña y no necesariamente objetiva. De otra parte se argumentaba que los fallos de la justicia nacional no pueden generar responsabilidad internacional como para sancionar a un Estado en cuanto a los beneficios del Acuerdo de Cartagena” (véase: SALAZAR, R., antiguo magistrado del TJCA, en la conferencia “Proyecto de

competencia, que le permitiera, a instancia de los particulares perjudicados, proclamar la responsabilidad por daños de los países miembros, la Comisión o la JUNAC¹⁷⁸.

En el Protocolo de Cochabamba, que vería la luz 10 años después, los países miembros no retuvieron esta segunda iniciativa, pero sí admitieron la intervención de los individuos en las acciones por incumplimiento e incluyeron la previsión del actual artículo 30 del TCTJCA.

A propósito de la legitimación activa de los particulares en las acciones por incumplimiento (y en las acciones por omisión, que se incluyeron, también entonces, en el sistema de recursos ante el TJCA), el Tribunal declararí:

“Uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario. Las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba perseguían en esta materia posibilitar o ampliar en su caso, la participación de los particulares de los países miembros en el proceso de control de la legalidad y de aplicación de las normas comunitarias. Ello es tan cierto que en aquellos casos en que tal actuación les era permitida a los particulares (acción de nulidad) se les amplió dicha facultad, eliminando determinadas restricciones o limitaciones y en los otros, en que no se les atribuía la facultad de intervenir, se les generó este derecho, regulándolo de una manera tan amplia que fuera compatible con ese espíritu de mayor participación, tal como sucede con las acciones de incumplimiento y los recursos por omisión o inactividad”¹⁷⁹.

En la doctrina, ALTER, HELFER y SALDÍAS han valorado el Protocolo de Cochabamba en los siguientes términos:

Reformas al Tratado del Tribunal”, Quito, 1995, citado por BALDEÓN HERRERA, G., “El Protocolo de Cochabamba y las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Colección Eventus, 2003, pp. 159 ss., p. 171).

¹⁷⁸ Exposición de Motivos del “Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, citada dos notas más arriba.

¹⁷⁹ STJCA de 1.2.2002, Proceso 14-AN-2001, p. 6.

“Private litigants rarely used the preliminary reference mechanism to challenge national policies contrary to Community rules. The reforms of the Andean legal system were intended to address these shortcomings. The Cochabamba Protocol, adopted in 1996, brought the Tribunal even closer to the ECJ model. It repealed the ban on private actors filing complaints with the General Secretariat alleging violations of Andean law. The Protocol also implicitly recognized that private litigants were not raising noncompliance challenges in national courts, or that national judges were not referring those challenges to the ATJ. To remedy the dearth of cases, the Protocol went beyond the ECJ’s noncompliance procedure by authorizing private actors to appeal directly to the ATJ if they disagreed with the Secretariat’s disposition of a noncompliance complaint against a member state. (...) The end result of these reforms was an Andean legal system that—much like the EC—provided private parties with multiple avenues to challenge state noncompliance”¹⁸⁰.

1.2. La relación excluyente entre las vías de los artículos 30 y 31 del TCTJCA

Como hemos mencionado anteriormente, las vías de los artículos 30 y 31 del TCTJCA son entre sí excluyentes. El artículo 25 del TCTJCA es bien claro a este respecto:

“Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa” (el énfasis es nuestro).

A mayor abundamiento, el literal c) del artículo 49 del ETJCA, al referirse a los requisitos específicos de la demanda por incumplimiento ante el TJCA, dispone:

¹⁸⁰ “Transplantating the European Court of Justice...”, *op. cit.*, p. 651.

“Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional”.

Así las cosas, a la jurisprudencia andina le ha resultado sencillo reconocer el carácter alternativo de ambas vías:

“Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos a causa del incumplimiento de la ejecución, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios, disponen de dos opciones, excluyentes entre sí, para obtener la tutela jurisdiccional efectiva de tales derechos”¹⁸¹.

Resulta importante, sin embargo, diferenciar o delimitar las competencias específicas del Tribunal Andino y del juez nacional, ya que este último no podría *stricto sensu* declarar el incumplimiento de un país miembro; al igual que el TJCA no podría declarar la invalidez de una norma del ordenamiento jurídico de un país miembro, pese a ser contraria al ordenamiento comunitario¹⁸². Sobre ello volveremos más adelante.

Para concluir con este epígrafe es preciso hacer una aclaración adicional a propósito no ya de la relación entre los artículos 30 y 31 del TCTJCA, sino de la relación entre la acción por incumplimiento ante el Tribunal Andino y el citado artículo 31. Como dijimos, el particular afectado no puede acudir de manera simultánea a los dos mecanismos, ya que estos son exclusivos y excluyentes entre sí, salvo que el particular acuda como simple “denunciante” (y no como “reclamante”) ante la SGCA. En este supuesto es la SGCA quien decide discrecionalmente si inicia o no la fase precontenciosa de oficio (artículo 23 del TCTJCA).

Este particular “denunciante” podría perfectamente acudir también a la vía del artículo 31 del TCTJCA (con o sin sentencia condenatoria del Tribunal Andino). Aun si el particular acude de manera directa ante el juez nacional, esto no obsta para que la SGCA, los países miembros o cualquier otro particular acudan de manera paralela en

¹⁸¹ STJCA de 6.4.2005, Proceso 165-IP-2004, p. 17.

¹⁸² Cfr. BERMÚDEZ POZO, L., “Las acciones de responsabilidad extracontractual en el Derecho interno y la correcta interpretación del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” (no publicado), p. 2.

acción por incumplimiento, tal como sucedió en el asunto *Sofaven*.

1.3. La prácticamente nula utilización de los artículos 30 y 31 del TCTJCA

La práctica judicial de los artículos 30 y 31 del TCTJCA se reduce a un solo caso: el asunto *Sofaven*, el cual fue visto por el juez nacional venezolano sobre la base del artículo 31 del TCTJCA¹⁸³.

Entre los años 2000-2002, la empresa venezolana Sociedad de Fabricación y Venta de Automóviles S.A. (Sofaven) importó desde Colombia mercancías originarias de este país, que se encontraban liberadas del pago de aranceles aduaneros, por cuanto eran procedentes de un país (entonces) miembro de la CAN.

Sofaven interpuso ante la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Central del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) una solicitud de reintegro por concepto del pago del IVA hecho en exceso por la importación de mercancías de Colombia, solicitud que fue negada mediante Resolución GRTI-RCE-DR-CBF-RR-2002-10 de 2 de agosto de 2002.

Sofaven recurrió el acto administrativo venezolano alegando que:

“[e]l Acuerdo de Cartagena señala la imposibilidad de cobrar tributos arancelarios al tráfico de mercaderías entre los países miembros, como es el caso de Colombia y Venezuela (...) esta es la posición asumida por la Secretaría General de la CAN en la Resolución 594 de 12 de febrero de 2002”¹⁸⁴.

¹⁸³ Sobre el asunto *Sofaven*, véase: SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *La responsabilidad patrimonial del Estado...*, op. cit., pp. 136-166. Del mismo autor véase también el siguiente artículo: “La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros y de los órganos comunitarios por la infracción del Derecho andino”, *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Colección Eventos, 2003, pp. 215 ss.

¹⁸⁴ Mediante la Resolución 594, de 12.2.2002, la SGCA dictaminó que, al incorporar en el cálculo de la base imponible del IVA correspondiente a las importaciones originarias de los países miembros el arancel dispensado en adición al precio del bien importado, Venezuela estaba incumpliendo las obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la CAN, en particular, del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena: “La incorporación del arancel en el cálculo de la base imponible del IVA representa, para las importaciones originarias de la Subregión, el pago por esta vía de un impuesto al cual no se encuentran sujetas por la vigencia de la zona de libre comercio y por la aplicación del principio de libre movimiento de bienes (...) Como consecuencia de la aplicación del mencionado artículo 46 del Reglamento de la Ley del IVA venezolana según como lo ha interpretado la Administración Tributaria se concede, de este modo,

El Fisco Nacional contestó que:

“[l]a Ley del IVA, norma tributaria interna de Venezuela, es aplicada en plano de igualdad a todas las mercancías que ingresan al país, cumpliéndose así con el principio de igualdad tributaria, en el sentido que ante el mismo hecho imponible (...) esta se grava tomando en cuenta una misma base imponible para todas las mercancías con independencia de su país de origen o procedencia (...) [L]a Ley del IVA es un impuesto interno no negociado en el Acuerdo de Cartagena”.

Mediante Sentencia 760/2003, de 4 de diciembre de 2003, el Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario del Distrito Capital de Caracas sentenció a favor de Sofaven, declarando que el Fisco Nacional:

“[h]a debido aplicar preferentemente las normas comunitarias, sin poder escudarse en la invocación ritual de una norma de Derecho nacional contraria (el artículo 46 del Reglamento de la Ley del IVA), norma nacional que ha debido desaplicarse administrativamente para dar paso directo e inmediato a las normas de Derecho comunitario, las cuales, se insiste, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (...) la Administración Tributaria ha debido (...) proceder a una interpretación y desaplicación *pro constitutione* y *pro communitate*, esto es, a favor de la Constitución y de las normas comunitarias (...), desaplicando en sede administrativa el artículo 46 del Reglamento de la Ley del IVA, dada su manifiesta naturaleza anticomunitaria y su manifiesta inconstitucionalidad e ilegalidad, y consecuentemente reconociendo el reintegro solicitado (...)”¹⁸⁵.

una protección indirecta a la producción nacional; Las importaciones originarias de los demás países Miembros no se ubican en la misma categoría que las producciones procedentes de terceros países, por cuanto gozan de un trato preferente en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo de Cartagena, (...) igualar el tratamiento de las importaciones subregionales con las de terceros países, supondría una violación del Acuerdo de Cartagena; (...) Con la medida acusada se colocaría a las producciones subregionales en una situación de desventaja competitiva frente a los productos similares nacionales, expresada sea en un mayor efecto precio o en una pérdida del margen de comercialización o, en una disminución del margen de preferencia, respectivamente; (...) Que la conducta observada por Venezuela configura un caso de discriminación tributaria prevista dentro de los alcances del artículo 74 del Acuerdo de Cartagena (...).”

¹⁸⁵ Esta resolución judicial no se encuentra digitalizada, por lo que fue tomada de: SUÁREZ MEJÍAS, J. L., “El contencioso andino de la responsabilidad patrimonial de los Estados: el caso Sofaven”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje Al Prof. Luis H. Farias Mata*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 355 ss., pp. 355-392.

El tribunal venezolano agregó, en la parte que más nos interesa, que los casos de tributos indebidamente ingresados al Fisco configuran un supuesto de falta de servicio o funcionamiento anormal que compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, el cual queda obligado a reintegrar y a reparar los daños, “naciendo el derecho a reparación integral desde el momento que se demuestra que efectivamente tuvo lugar el pago del indebido tributo”.

Finalmente, el tribunal venezolano estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Sofaven contra la resolución del SENIAT.

A propósito de esta sentencia, cabe indicar que provino de un tribunal de primera instancia, por lo que el juez nacional podía haber solicitado previamente interpretación prejudicial facultativa al TJCA. Sin embargo, no lo hizo, por lo que el tribunal venezolano aplicó el Derecho comunitario por su propia autoridad¹⁸⁶. Lo más destacado es que declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración nacional, condenando al Estado a pagar a favor de Sofaven la cantidad total de 3.606.793.185,93 Bolívares¹⁸⁷.

Debe señalarse que, paralelamente, el Reglamento de la Ley del IVA venezolana motivó una acción por incumplimiento contra dicho país ante el TJCA. El 17 de octubre de 2001, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales del Perú presentó ante la SGCA un reclamo por el supuesto incumplimiento cometido por Venezuela al considerar el arancel de aduanas dentro del cálculo del IVA aplicable a los bienes importados desde otros países andinos. Perú acompañó a su reclamo una carta de su Sociedad Nacional de Industrias (SNI), en la que se señalaba que Venezuela había dispuesto que el pago del IVA fuera liquidado considerando como base imponible el monto resultante de aplicar el arancel correspondiente para terceros países.

¹⁸⁶ En el presente caso, no se encontró información sobre si se presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia. Al respecto, se verificó en la web del Tribunal Supremo de Venezuela: www.tsj.gob.ve (1.9.2016).

¹⁸⁷ Al tipo de cambio de 1 de diciembre de 2003, dicho monto equivalía aproximadamente a: \$2,257,081.199 USD (Dólares americanos).
Disponible en: <http://www.xe.com/currencytables/?from=VEB&date=2003-12-01>

El 12 de febrero de 2002, la SGCA emitió el dictamen de incumplimiento 3-2002 contra Venezuela y el 12 de noviembre de 2003 interpuso la oportuna acción por incumplimiento ante el TJCA. El Tribunal Andino entendió que:

“En el presente caso se observa, las diferentes leyes del IVA de Venezuela y/o sus reglamentos desde su promulgación, han creado una situación de discriminación entre ciertos productos venezolanos y sus similares de la Subregión; y si bien el tema del Impuesto al Valor Agregado no ha sido armonizado por alguna normativa andina, ello no excusa a los países miembros para que en sus normas internas sobre IVA, o en general sobre cualquier otra materia, creen una situación que se traduzca en una discriminación entre los productos provenientes de los países andinos, en abierta contravención de las normas comunitarias”¹⁸⁸.

El TJCA declaró así que Venezuela había violado los artículos 75 del Acuerdo de Cartagena y 4 del TCTJCA y debía, en consecuencia, cesar en el incumplimiento y modificar su legislación nacional. En su resolución, el TJCA citó la sentencia nacional emitida el 4 de diciembre de 2003 en el asunto *Sofaven* por el Tribunal Superior Primero en lo Contencioso Tributario de Caracas y reafirmó el carácter supranacional de las normas andinas sobre las normas internas, así como su primacía y su aplicación directa e inmediata¹⁸⁹.

A nuestros efectos interesa señalar que, aunque la SNI peruana se vio afectada en sus derechos por el comportamiento de Venezuela —circunstancia que la llevó a quejarse ante su gobierno que, como hemos visto, reaccionó activando la correspondiente acción por incumplimiento—, y en la medida en que aquella no fue quien interpuso la demanda ante el TJCA, no le resultó aplicable el artículo 30 del TCTJCA. Lo que sí podría haber hecho esta Sociedad (y no hizo) es haber acudido ante el juez venezolano sobre la base del artículo 31 del TCTJCA —tal como hizo *Sofaven*—, máxime teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal Andino le habría servido como indicio probatorio de la existencia de un “incumplimiento flagrante”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ STJCA de 13.1.2005, Proceso 132-AI-2003, pp. 16-20.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁹⁰ De conformidad con el artículo 24 de la Decisión 623 'Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento':

“Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración

En el presente caso se advierte que la acción por incumplimiento duró cuatro años: la fase precontenciosa empezó el 2001 en Lima y la fase judicial finalizó recién en 2005 en Quito con la emisión de la sentencia del Tribunal Andino. En cambio, en el proceso judicial nacional, Sofaven logró el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de Venezuela con una altísima indemnización a su favor en un tiempo mucho más breve: el proceso judicial venezolano empezó el 2002 y culminó en el 2003; es decir, empezó más tarde y terminó antes.

Aun cuando han habido numerosas acciones por incumplimiento interpuestas por particulares ante el Tribunal Andino, no se tiene noticia alguna de que posteriormente los demandantes hayan solicitado la indemnización ante el juez nacional (artículo 30 del TCTJCA). Por su parte, el asunto *Sofaven* constituye, como se ha dicho, el único caso de acción reparatoria iniciada de manera directa por aquellos ante los tribunales nacionales, de conformidad con el Derecho interno (artículo 31 del TCTJCA).

A nuestro juicio, la razón de esta casi nula utilización de nuestras dos vías es el desconocimiento generalizado del presente tema por parte de los estudiantes, los abogados, los académicos, los funcionarios del Estado y los jueces nacionales de los cuatro países miembros; lo que, a su vez, conduce a que la jurisprudencia nacional o comunitaria y la doctrina especializada sean prácticamente inexistentes¹⁹¹.

Tal vez todo ello responda a que la CAN es percibida, sobre todo, como una organización internacional de Estados, en lugar de una verdadera *comunidad de derecho* que incluye formalmente también a los ciudadanos. En el ámbito andino, no se ha llegado a entender a cabalidad que la integración regional no constituye un marco restringido a los Estados, sino que en ella pueden participar de forma destacada los individuos, debiéndose tomar como motor de la integración justamente la iniciativa del interés individual, tal como sucedió en la UE mediante el mecanismo indirecto de las consultas prejudiciales.

de un incumplimiento por parte de un país miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad”.

¹⁹¹ El académico venezolano Jorge Luis Suárez Mejías es la excepción, al ser el único que ha profundizado sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN frente a los particulares por infracción del Derecho comunitario.

Adicionalmente, a diferencia de la UE, en la CAN no se explicitaron las libertades fundamentales como pilares para la consolidación del proceso de integración. En ese sentido, PHELAN ha advertido acertadamente que la falta de “políticas de los derechos” en el caso andino fue la verdadera causa de la divergencia con el caso europeo. En la CAN, los derechos y las libertades fundamentales (circulación de mercancías, servicios, trabajadores y el establecimiento de empresas) eran conceptos extraños, disminuyendo así las posibilidades de que los individuos y las empresas llevaran sus reivindicaciones de derechos ante las cortes nacionales¹⁹².

Según SALDÍAS, “el principio fundamental que debiese regir la integración regional, es que la protección efectiva de los derechos fundamentales es supuesto previo para el desarrollo económico, y no al revés”¹⁹³. Particularmente, el mismo académico ha precisado que:

“Algunos autores centrados en la integración europea han sugerido que la expansión de las competencias judiciales está estrechamente vinculada con la cuestión de la protección de los derechos y libertades fundamentales. Esto es especialmente cierto si se considera que la litigación en torno a derechos y libertades fundamentales gira en torno a la posición del individuo frente a la autoridad (...) En el caso específico de las libertades fundamentales en un proceso de integración regional, al involucrarse los litigantes para hacer valer sus argumentos en contra de uno de los Estado miembros, surge una triada, un triángulo de intereses, en la que la autoridad se ve cuestionada. En la medida que la jurisprudencia reordena el rol de los derechos fundamentales e incrementa la protección del individuo frente a los Estados miembros, también surge una narrativa constitucional”¹⁹⁴.

En un proceso de integración regional debe involucrarse a los litigantes para hacer valer sus derechos y poder exigir la responsabilidad patrimonial del Estado miembro infractor, protegiendo así al individuo del incumplimiento del Derecho comunitario. Es así que, cuando la judicatura defiende derechos y libertades fundamentales, los

¹⁹² Cfr. “Enforcement and escape in the Andean Community: Why the Andean Community of Nations is Not a Replica of the European Union”, *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, 2014, p. 6.

¹⁹³ “La libre circulación de personas...”, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 11-12.

resultados pueden ser considerables en cuanto a la participación cívico-legal de los ciudadanos. La protección del individuo depende de que la autoridad se someta permanente y unívocamente al respeto de sus derechos e intereses¹⁹⁵.

En la CAN esta interacción entre todos estos actores podría generar un “círculo virtuoso”. Por un lado, resulta indispensable contar con la cooperación de los interlocutores nacionales clave, tales como los jueces nacionales, aliados en la promoción de la integración legal. Por otro lado, hace falta la participación e iniciativa de los particulares, lo que contribuiría a lograr un mayor *enforcement*, mediante la activación de los mecanismos de responsabilidad patrimonial del Estado por parte de ellos.

2. El régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que interpone una acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 30 del TCTJCA)

El artículo 30 del TCTJCA prescribe (pensamos que conviene reproducirlo una vez más):

“La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25 [iniciados por un particular], constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

En el mismo sentido, el artículo 110 del ETJCA dispone, bajo la rúbrica 'Mérito ejecutivo de la sentencia':

“La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en acción promovida por un particular, constituirá título legal y suficiente para que este pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

¹⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 15.

La sentencia por incumplimiento dictada por el Tribunal Andino contiene una declaración de certeza, en el sentido de reconocer que el país miembro demandado ha incumplido el ordenamiento jurídico de la CAN. La sentencia del TJCA no requiere de homologación o exequátur en ninguno de los países miembros y tendrá fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente de su notificación¹⁹⁶.

Seguidamente, nos centraremos en la naturaleza declarativa de la sentencia por incumplimiento, sus efectos *ex tunc* y su ejecución. Asimismo, dilucidaremos quiénes pueden aspirar a la reparación mediante la sentencia por incumplimiento como “título legal y suficiente” en un proceso ordinario.

2.1. La naturaleza declarativa de la sentencia por incumplimiento

Según CHIOVENDA, las sentencias estimatorias tienen naturaleza declarativa, “en cuanto no crean, sino que se limitan a declarar existente una voluntad concreta de la ley que garantiza un bien al actor, o sea, que actúan el derecho preexistente”¹⁹⁷.

El artículo 111 del ETJCA establece la naturaleza declarativa de la sentencia por incumplimiento de la siguiente manera:

“El país miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de 90 días siguientes al de su notificación.

El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado y lo que se regula al respecto en este Estatuto, velará por el cumplimiento de las sentencias dictadas en ejercicio de esta competencia”.

En el ámbito europeo, desde 1960, el TJCE ha venido confirmando la naturaleza declarativa de sus sentencias por incumplimiento, estimando que el Tribunal debe limitarse a constatar el incumplimiento¹⁹⁸. Según DÍEZ-HOCHLEITNER, los efectos de

¹⁹⁶ Artículo 91 del ETJCA.

¹⁹⁷ *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo 6, Harla, México, 1997, p. 78.

¹⁹⁸ Véase la STJCE de 16.12.1960, as. *Jean-E. Humblet v. Belgian State*, 6/60, sentencia pionera en

la naturaleza declarativa de la sentencia por incumplimiento son dos: (i) el Tribunal no tiene el poder de anular las medidas nacionales que constituyen la infracción; y, (ii) no corresponde al Tribunal ordenar al Estado miembro las medidas concretas que debe adoptar para cesar la infracción¹⁹⁹.

En otras palabras, la sentencia por incumplimiento se limita a constatar en abstracto una situación jurídica determinada, consistente en un comportamiento ilícito y no tiene, por tanto, valor constitutivo.

En el ámbito de la CAN, el TJCA no establece las medidas concretas que el Estado incumplidor debe adoptar —si se trata de una infracción por omisión—, ni tampoco modifica ni anula los actos nacionales —si se trata de una infracción por acción—. Es decir, el TJCA no impone, ni realiza por sí mismo la medida sustitutoria.

Como ha observado GONZÁLEZ DE TROCONIS, si bien es cierto que el TJCA carece del poder para anular o abrogar por su propia competencia las leyes internas de un Estado miembro o los actos nacionales que hayan sido considerados como elementos constitutivos del incumplimiento, también se reconoce que cada uno de los Estados miembros tiene la obligación de proceder de acuerdo con lo previsto en la sentencia restituyendo, a la mayor brevedad posible, la legalidad comunitaria²⁰⁰.

La tutela judicial a los derechos derivados del ordenamiento jurídico comunitario constituye una obligación del país miembro. Tanto es así que la sentencia es de naturaleza declarativa respecto del incumplimiento y constata la existencia de un derecho preexistente a favor del particular, derecho que deviene en la posibilidad de ejercer la acción de resarcimiento ante los jueces nacionales.

esbozar el deber de reparar de los Estados miembros por los actos contrarios al Derecho comunitario.

¹⁹⁹ “La respuesta del TUE...”, *op. cit.*, pp. 840-841.

²⁰⁰ Cfr. *Solución de controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina: la cuestión de la efectividad*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2007, p. 206.

2.2. Los efectos *ex tunc* de la sentencia por incumplimiento

Como regla general, la sentencia del TJCA despliega efectos *ex tunc* en el sentido que el incumplimiento es constatado respecto de todo el tiempo durante el cual se verificó. Los efectos *ex tunc* de las sentencias del TJCA dictadas en una acción por incumplimiento suponen que aquellas proyectan su eficacia desde el momento en que inició la omisión o la acción contraria al Derecho comunitario imputada al Estado infractor.

Los efectos de la sentencia serán retroactivos al día en que inició el incumplimiento del Estado infractor; es decir, si la condena al Estado miembro fuera consecuencia de una norma interna considerada contraria al Derecho comunitario, la sentencia del Tribunal Andino generará efectos desde la entrada en vigor de dicha norma y no desde la fecha en que aquella fue dictada.

La sentencia del TJCA en el Proceso 5-AI-2008, provocada por una legislación nacional que Perú mantuvo vigente pese a su contradicción con el Derecho comunitario, es particularmente ilustrativa a estos efectos:

“Advierte el Tribunal que si bien las normas internas fueron expedidas antes de la entrada en vigencia de la Decisión 436, la República del Perú tenía la obligación de adecuar su normativa interna a la comunitaria al momento en que la mencionada Decisión tuvo plenos efectos. Es por esto, que una vez que la Decisión 436 entró en vigencia, el país miembro demandado ha debido ajustar su normativa interna. Es importante tener en cuenta que la Decisión 436 fue expedida el 11 de junio de 1998 y entró en vigencia el 26 de junio de 2002, es decir, más de cuatro años después, siendo esto un término más que razonable para que la República del Perú modificara su normativa interna. (...) Es importante tener en cuenta, que el incumplimiento se presenta desde la entrada en vigencia de la Decisión 436, es decir, desde el 26 de junio de 2002”²⁰¹.

²⁰¹ STJCA de 27.1.2010, Proceso 5-AI-2008, pp. 33-34.

Dado este carácter *ex tunc* de la sentencia por incumplimiento, los daños cuya reparación podrá demandarse ante el juez nacional (*ex* artículo 30 del TCTJCA o por otra vía) serán todos los producidos desde la existencia del incumplimiento (con independencia de cuándo este fue constatado). Por supuesto, los efectos *ex tunc* son generales respecto de cualquier sentencia declarativa del incumplimiento (y no solo respecto de la sentencia del TJCA que tiene origen en una demanda de un particular).

2.3. La ejecución de la sentencia por incumplimiento

La jurisprudencia andina ha ampliado que la naturaleza de la acción por incumplimiento es:

“[e]sencialmente contenciosa y la sentencia que de ella se derive no solo es declarativa en el sentido de limitarse a la mera declaración de la existencia de un derecho o de una obligación, sino que también está llamada a imponer el cumplimiento de una prestación de hacer o de no hacer”²⁰².

En otras palabras, el país miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución. Dispone para ello de un plazo “no mayor de 90 días siguientes al de su notificación”²⁰³.

Corresponde al país miembro remitido corregir el incumplimiento, siendo este su deber principal y exclusivo. GONZÁLEZ DE TROCONIS ha precisado que:

“No se trata, pues, simplemente de una sentencia declarativa de certeza; es una sentencia declarativa que contiene un plus y ese plus consiste en la obligación del Estado incumplidor de adoptar las medidas necesarias para ejecutarla”²⁰⁴.

²⁰² STJCA de 30.10.1996, Proceso 1-AI-96, pp. 2-3.

²⁰³ Artículo 111 del ETJCA.

²⁰⁴ *Solución de controversias por incumplimiento...*, *op. cit.*, p. 206.

La totalidad de los órganos del país miembro condenado quedan obligados a contribuir al restablecimiento del orden comunitario infringido, por lo que están llamados, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, a cooperar de buena fe en la ejecución de la sentencia, bien modificando, derogando o dejando sin aplicación los actos o decisiones nacionales controvertidos, bien sancionando los que fueren pertinentes, o asegurando la efectividad de la sentencia del TJCA²⁰⁵.

Dentro de la jurisprudencia andina podemos citar el Proceso 2-AI-97, donde el TJCA manifestó que:

“Es el Estado el obligado a anular los actos que constituyan el incumplimiento declarado por el Tribunal y a reparar los efectos ilícitos que hubieran producido. Corresponde pues a los organismos estatales sacar las consecuencias que se derivan de las sentencias de incumplimiento; es decir, tanto en cuanto a la adopción de medidas necesarias para borrar el incumplimiento como en cuanto a la reparación de los daños eventuales causados”²⁰⁶.

De esta jurisprudencia se desprende que la sentencia del TJCA declarativa del incumplimiento implica la obligación del Estado de: (i) cesar en el incumplimiento (caso de que continúe); y, (ii) eliminar las consecuencias ilícitas —pasadas y futuras— causadas al particular afectado, que incluye su derecho a la reparación de los daños.

La sentencia impone al país miembro una “obligación indisponible”²⁰⁷. El hecho que el TJCA no pueda ejecutarla directamente no significa que su obligatoriedad se vea menoscabada. En otras palabras, corresponde al propio Estado miembro —y no al Tribunal— corregir el incumplimiento, adoptando las medidas que considere necesarias para la ejecución de la sentencia. En ese sentido, el Estado demandado tiene el deber de cooperar lealmente (artículo 4 del TCTJCA) y la libertad de elegir los medios en la ejecución que haga de la sentencia, a fin de eliminar las consecuencias ilícitas del incumplimiento que incluye, evidentemente, la reparación del daño causado²⁰⁸.

²⁰⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 109-110.

²⁰⁶ STJCA de 24.9.1998, Proceso 2-AI-97, p. 10.

²⁰⁷ MOREIRO GONZÁLEZ, C. y otros, *Derecho Procesal Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 116.

²⁰⁸ Cfr. DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “La respuesta del TUE...”, *op. cit.*, pp. 840-841.

El país miembro tiene la obligación de facilitar la aplicación del ordenamiento jurídico andino, haciendo posible la reparación de los daños a los particulares, a fin de garantizar el adecuado cumplimiento del Derecho comunitario y la tutela judicial efectiva. Los países miembros se encuentran obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de las normas comunitarias y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar los derechos así conferidos ante las cortes nacionales²⁰⁹.

Dentro del Proceso 118-AI-2003, el TJCA así lo consignó:

“[...] en cuanto a la responsabilidad de los países miembros respecto del incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, según lo establecido por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, los países miembros están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad y, por consiguiente, tienen la obligación de reparar las consecuencias que sobrevengan del mismo, ya que si los países miembros o particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un país miembro, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería seriamente cuestionada, y menoscabada la protección de los derechos que ellas consagran [...]. El principio de cooperación leal, impone a los países miembros la adopción de todas las medidas necesarias, a fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho andino, entre las cuales se incluye la de hacer frente a las consecuencias ilícitas de una violación del ordenamiento jurídico comunitario”²¹⁰.

Según la jurisprudencia andina citada, el resarcimiento patrimonial a favor de los particulares afectados por el incumplimiento sería una verdadera garantía, ya que obtendrían no solo el cese del incumplimiento demandado, sino también la posibilidad de ser indemnizados ante el juez nacional.

²⁰⁹ Cfr. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ciencias jurídicas (McGraw-Hill), Tecnos, 2002, p. 424.

²¹⁰ STJCA de 14.4.2005, Proceso 118-AI-2003, p. 42.

La sentencia siempre constituirá título legal y suficiente (mas no ejecutivo) para que el particular que interpuso la acción por incumplimiento “pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización” (artículo 30 del TCTJCA). En la práctica judicial, a modo de recordatorio, el Tribunal Andino incluye —sin éxito— dicha referencia de manera expresa en la mayoría de sus fallos; aunque pudiera parecer redundante y hasta innecesario, cumple, creemos, un propósito pedagógico²¹¹.

En síntesis, podemos advertir que la ejecución de la sentencia que declara el incumplimiento consiste en: (i) una obligación de resultado donde el Estado puede elegir libremente los medios para cumplir y adoptar las medidas que considere necesarias para cesar el incumplimiento; y, (ii) un derecho del particular afectado a solicitar la reparación de los daños causados.

Cabe tomar en cuenta que la sentencia podría incluir un pronunciamiento del TJCA en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación²¹².

Por otra parte, el TJCA tiene el deber de salvaguardar los derechos y las obligaciones derivados del Acuerdo de Cartagena, así como la obligación de velar porque sus propias sentencias sean cumplidas. La inejecución, la ejecución parcial, tardía o incorrecta de la sentencia constituye una violación de las obligaciones comunitarias del país miembro.

El Tribunal Andino ha llegado a considerar “que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema”, ya que “cuando se desacata una sentencia no solo se causa un daño particular o concreto, que puede ser reparado con una medida compensatoria a favor de quien sufre el daño, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en un hecho que afecta a todos los países miembros, así como a los órganos del sistema al lesionar el proceso de integración”²¹³.

²¹¹ Por ejemplo, el TJCA ordenó la cesación del incumplimiento y estableció de manera expresa la obligación de reparar y el derecho a solicitar la indemnización en los siguientes procesos: 2-AI-97, 118-AI-2003, 117-AI-2004, 125-AI-2004, 136-AI-2004, 200-AI-2005, 1-AI-2006, entre otros.

²¹² Véase el Acuerdo N° 1 de 20.5.1998 del TJCA, que contiene el 'Reglamento interno sobre costas'.

²¹³ Véanse: Auto del TJCA de 20.10.1999, Proceso 1-AI-97 (Sumario por incumplimiento de sentencia),

Adicionalmente, como ya vimos, según el artículo 27 del TCTJCA, si dicho país miembro no cumpliera la sentencia, “el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro país miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al país miembro remiso. En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución”²¹⁴.

Evidentemente, la medida de ejecución de sentencia autorizada por el TJCA permanecerá vigente hasta que el Estado haya dado cumplimiento a la sentencia.

2.4. ¿Quiénes pueden aspirar a la reparación mediante la sentencia por incumplimiento como “título legal y suficiente”?

El artículo 30 del TCTJCA establece que “la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente”. Dichos “casos previstos” en el artículo 25 del TCTJCA son cuando las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento acudan a la SGCA, primero, y al Tribunal Andino, después.

Por su parte, el artículo 110 del ETJCA prescribe que: “La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en acción promovida por un particular, constituirá título legal y suficiente para que *este* pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere” (el énfasis es nuestro).

De la normativa andina citada se desprende que la sentencia declarativa del incumplimiento tiene efectos particulares y alcance individual como título legal y suficiente para solicitar la indemnización ante el juez nacional. Cuando la acción por

p. 3; y, el Auto del TJCA de 6.3.2002, Proceso 53-AI-99 (Sumario por incumplimiento de sentencia), p. 1.
²¹⁴ Concordado con los artículos 112 a 120 del ETJCA que regulan el procedimiento sumario por incumplimiento de sentencia.

incumplimiento es activada por personas naturales o jurídicas ante el TJCA, estas no actúan como meros denunciadores, sino como una parte procesal activa, cuya finalidad es obtener consecuencias individuales para el restablecimiento de sus situaciones jurídicas.

La jurisprudencia andina ha especificado que solo el particular que participó en las dos etapas —como reclamante en la fase precontenciosa ante la SGCA y como demandante en la fase judicial ante el TJCA— podrá luego utilizar la sentencia condenatoria para reclamar una indemnización ante los jueces nacionales en el marco del artículo 30 del TCTJCA:

“[s]in perjuicio de la responsabilidad por los daños que hubieren sido causados, conforme a lo previsto por el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal que sienta el principio y establece expresamente la responsabilidad patrimonial de los países miembros por infracción del Derecho comunitario a favor de las partes que han promovido la acción de incumplimiento tramitada, en la etapa prejudicial, ante la SGCA y en la etapa judicial ante el Tribunal comunitario”²¹⁵.

En consecuencia, la facultad contenida en el artículo 30 del TCTJCA con relación a la sentencia por incumplimiento solo favorecerá al particular demandante que intervino en la etapa precontenciosa ante la SGCA y en la etapa judicial ante el TJCA. Para el particular demandante que promovió la acción por incumplimiento, el derecho a la reparación nace de la violación de un derecho cuya existencia es anterior a la sentencia del TJCA y que esta viene solo a constatar.

Por otra parte, es preciso mencionar que el ETJCA prevé el trámite incidental de la participación procesal de los terceros en condición de coadyuvantes de las partes. De conformidad con su artículo 72:

“Puede intervenir en el proceso como coadyuvante de una de las partes, quien sin ser sujeto de la sentencia, tenga un interés jurídico sustancial en el proceso y pueda ser afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la

²¹⁵ STJCA de 24.10.2007, Proceso 143-AI-2005, pp. 21-22.

parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

La solicitud de coadyuvancia deberá cumplir con los requisitos de la demanda o de su contestación, en lo que fuere aplicable. El Tribunal declarará la procedencia o improcedencia de la solicitud.

El tercero admitido tomará el proceso en el estado en que se encuentre”.

En el supuesto que el particular afectado pretenda coadyuvar a la parte demandante en contra del país miembro demandado deberá cumplir con los requisitos de la demanda en cuanto resulten aplicables²¹⁶, por lo que deberá presentar: (i) Las pruebas que demuestren la afectación de sus derechos subjetivos; y, (ii) La declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional en el marco del artículo 31 del TCTJCA.

A nuestro parecer, la sentencia por incumplimiento dictada por el Tribunal constituirá título legal y suficiente para que el tercero coadyuvante de la parte demandante pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere, al amparo del artículo 30 del TCTJCA. En todo caso, el plazo para presentar la demanda en sede nacional empezará a correr desde la notificación a él de la sentencia del TJCA, como veremos más adelante.

Dados los paralelismo que estamos realizando entre la CAN y la UE, interesa señalar que, si bien en el marco de la UE los particulares carecen de legitimación activa para la interposición del recurso por incumplimiento ante el TJUE, sí pueden esgrimir ante los jueces nacionales una sentencia condenatoria emitida por dicho Tribunal, la cual contribuiría a que se trate de una violación suficientemente caracterizada, para reclamar del Estado una reparación de los perjuicios sufridos por la infracción constatada de una norma comunitaria. Y ello pese a la ausencia en los tratados de la UE de una disposición equivalente al artículo 30 del TCTJCA. En la práctica no hay, por tanto, diferencia entre el sistema CAN y el sistema de la UE a los efectos de la reparación de los perjuicios que debe afrontar el Estado miembro condenado.

²¹⁶ Artículo 49 del ETJCA.

2.5. ¿Proceso ejecutivo o proceso ordinario?

Cabría preguntarse si la acción por daños y perjuicios derivada de una sentencia por incumplimiento podría ser interpuesta ante los jueces nacionales en un proceso ejecutivo —tomando en consideración la existencia de una sentencia declarativa del incumplimiento que constituye “título legal y suficiente”— o si, por el contrario, convendría actuar a través de un proceso de conocimiento ordinario.

A continuación, pasaremos a desarrollar las características principales de ambos tipos de procesos a fin de poder dilucidar dicha interrogante.

2.5.1. Proceso ejecutivo

El término “ejecución” adquiere el significado de actuación para llevar a la práctica y hacer inmediatamente efectivo el importe, sea de un crédito o una multa, y sin necesidad de un juicio sobre el fondo del asunto, a efectos de “implantar en la realidad social, aquello que, en un caso concreto, es conforme a Derecho”²¹⁷.

En palabras de CHIOVENDA, la ejecución forzosa procesal es “la actuación práctica, por parte de los órganos jurisdiccionales, de una voluntad concreta de ley que garantice a alguno un bien de la vida y que resulta de una declaración; y, proceso de ejecución forzosa, el conjunto de actos coordinados para este fin. Dicha ejecución entra, sobre todo, en el concepto general de hacer efectiva una voluntad y, especialmente, la de la ley”²¹⁸.

En el marco de la legislación andina, la rúbrica del artículo 110 del ETJCA es 'Mérito ejecutivo de la sentencia'. Sin embargo, lo que la norma prescribe es que:

“La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en acción promovida por un particular, *constituirá título legal y suficiente para que este pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere*” (el énfasis es nuestro).

²¹⁷ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 673.

²¹⁸ *Curso de Derecho Procesal...*, op. cit., p. 120.

La sentencia por incumplimiento no tiene la calidad de “mérito ejecutivo”, tal como erróneamente se rubrica el artículo 110 del ETJCA. Para revestir esta calidad, el título debe ser claro, determinado, líquido, puro y de plazo vencido cuando lo haya. La sentencia que pronuncia el TJCA no reúne dichas cualidades ni siquiera comprende una prestación determinada, ni una obligación precisa de dar, de hacer o de no hacer. En lugar de ello, la sentencia del Tribunal configura una obligación de resultado, donde el Estado puede elegir libremente los medios para cumplir y adoptar las medidas que considere necesarias para cesar el incumplimiento.

La acción ejecutiva tiene como condición general el “título ejecutivo” (*nulla executio sine titulo*), que debe ser tan claro y tan simple que se pueda deducir de él la fijación última sobre la prestación debida. El concepto de “título ejecutivo” debe entenderse como “un supuesto de hecho legal típico, generalmente consistente en un documento representativo de un acto jurídico que impone o constituye un deber de prestación”²¹⁹, donde quede claramente determinado tanto su aspecto objetivo (qué se debe ejecutar), como el subjetivo (a favor de quién y contra quién se debe ejecutar).

Sobre este punto, podemos advertir que la sentencia por incumplimiento cuenta con el elemento subjetivo, ya que indica claramente a favor de quién (el particular afectado quien es el demandante) y contra quién se debe ejecutar (el Estado miembro demandado). No obstante, la sentencia del TJCA no cuenta con el elemento objetivo, ya que no indica expresamente lo que se debe ejecutar. En efecto, la sentencia no precisa las medidas necesarias que debe ejecutar el Estado demandado, mucho menos el monto indemnizatorio a favor del particular afectado.

Además, el título ejecutivo debe ser definitivo, completo y no condicionado²²⁰: (i) Es definitivo cuando no está sometido a impugnaciones ni a un periodo de conocimiento posterior; (ii) Es completo cuando es líquido, expresándose sobre la prestación debida concreta y la cuantía; y, (iii) Es incondicionado cuando la declaración no está sometida a condiciones ni a términos ni a limitaciones de cualquier clase y no puede dar lugar a ejecución, sino cuando las limitaciones hayan desaparecido.

²¹⁹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal...*, op. cit., p. 689.

²²⁰ Cfr. CHIOVENDA, G., *Curso de Derecho Procesal...*, op. cit., pp. 141-143.

En primer lugar, podemos advertir que la sentencia del Tribunal Andino no es definitiva, en el sentido que para que el particular afectado pueda hacer efectiva la indemnización, la sentencia se encuentra sometida a un periodo de conocimiento posterior ante el juez nacional. En segundo lugar, la sentencia del TJCA no es completa, ya que no expresa la prestación debida concreta ni una cuantía líquida. En tercer lugar, la sentencia del TJCA se encuentra condicionada a que se acuda posterior y oportunamente ante el juez nacional quien deberá verificar la existencia del daño y del nexo causal directo antes de reconocer indemnización alguna, lo cual no siempre desembocará, de manera automática, en la responsabilidad del Estado infractor.

En consecuencia, la acción por daños y perjuicios derivada de una sentencia por incumplimiento no puede ser demandada ante los jueces nacionales en un proceso ejecutivo, al no ser posible la reclamación de un título o sentencia que carezca del monto de la reparación²²¹. A continuación plantearemos que la vía adecuada sería a través de un proceso de conocimiento ordinario, que es el que propiamente se aplica a un proceso por daños y perjuicios.

2.5.2. Proceso ordinario

El proceso ordinario es una vía de conocimiento donde se discute y se investiga un derecho incierto, por lo que las etapas propias de su proceso requieren más tiempo que en el ejecutivo, toda vez que en la acción ejecutiva el derecho ya se encuentra debidamente establecido y solo queda ejecutar la prestación o la obligación precisa de dar, de hacer o de no hacer.

Por lo tanto, los daños y perjuicios deberán ser reclamados en un proceso de conocimiento ordinario, dado que no se encuentra especificado su importe en cantidad líquida y determinada, ni mucho menos están establecidas las bases para la consiguiente liquidación.

²²¹ Cfr. BERMÚDEZ POZO, L., “Las acciones de responsabilidad extracontractual...”, *op. cit.*, p. 10.

Adicionalmente, de las legislaciones nacionales de los países miembros se desprende que toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario²²². Por lo tanto, la afirmación del artículo 30 del TCTJCA de que la sentencia “constituirá título legal y suficiente” no puede entenderse en el sentido de un supuesto “mérito ejecutivo de la sentencia”, tal como erróneamente indica la rúbrica del artículo 110 del ETJCA.

Ahora bien, ¿qué pasaría si el particular afectado, en su calidad de demandante, solicitara en su *petitum* que el TJCA se pronuncie expresamente sobre el monto indemnizatorio para ser así pasible de un proceso ejecutivo? ¿Podría el TJCA determinar la suma de dinero para otorgarle a la sentencia la condición de “título ejecutivo”?

Como punto de partida, podemos decir que la pretensión expresa contenida en la demanda crearía una obligación del Tribunal Andino de pronunciarse sobre dicho extremo, sea de manera afirmativa o negativa. Al respecto, el principio de congruencia procesal exige:

“[p]or un lado que el juez no pueda ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes y por otro lado *la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o medios impugnatorios*”²²³ (el énfasis es nuestro).

²²² En Bolivia, el artículo 316 del Código de Procedimiento Civil señala que: “Todo asunto contencioso que no esté sometido a trámite especial se sustanciará y resolverá en proceso ordinario”. En Colombia, el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil regula que: “Se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial”. En el Ecuador, el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil señala que: “Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”. Finalmente, en el Perú, el artículo 475 del Código Procesal Civil señala que: “Se tramitan en proceso de conocimiento, ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que: 1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su tramitación (...)”.

²²³ Caso contra Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A., Corte Suprema de la República del Perú, casación N° 1308-2001, Lima, 7.9.2001. Citado por: AVENDAÑO LEYTON, I., “El principio de congruencia: Su regulación en el proceso civil actual y en el Proyecto de Ley del CPC”. Disponible en web: <http://lexweb.cl/el-principio-de-congruencia-su-regulacion-en-el-proceso-civil-actual-y-en-el-proyecto-de-ley-del-cpc/> (1.6.2016).

En efecto, el juez no puede modificar, ignorar ni eliminar la pretensión del demandante, por lo que debe pronunciarse acogiendo o rechazando (total o parcialmente) todas y cada una de las pretensiones procesales puestas a su consideración, ya que según CALVINHO:

“[l]a congruencia procesal desde un punto de vista funcional es garantía, pues asegura que el juez no va a fallar algo distinto de lo que piden las partes, ni más allá, *ni omitiendo alguna de las cuestiones conducentes a la solución del litigio puestas a su consideración*”²²⁴ (el énfasis es nuestro).

En relación con la cuestión de qué sucedería si el demandante solicita como pretensión en el escrito por el que interpone la acción por incumplimiento que el TJCA se pronuncie expresamente sobre el monto indemnizatorio, cabrían dos posibles posiciones.

Por un lado, se podría admitir la capacidad del Tribunal Andino para expresarse sobre dicho extremo, argumentando que el artículo 30 del TCTJCA y el artículo 110 del ETJCA (titulado, recordémoslo, 'Mérito ejecutivo de la sentencia') no prohíben que se pronuncie sobre el monto indemnizatorio. Es decir, en caso de serle solicitado por el demandante, el TJCA podría determinar el monto indemnizatorio y luego con dicha sentencia el particular afectado podría acudir en proceso ejecutivo para “solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

El principio de legalidad conduce, en cambio, a la conclusión contraria. En efecto, ITURRALDE SESMA ha expresado que:

“[e]n la esfera de la reglamentación de la autonomía privada vale el postulado de que todo está permitido excepto aquello que está prohibido, mientras que en la esfera de la reglamentación de los órganos públicos vale el postulado opuesto de que todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido. La distinción no tiene valor puramente teórico: en caso de laguna, si un sistema imperativo se

²²⁴ “La pretensión procesal y la regla de congruencia en el sistema dispositivo”, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 19. Disponible en web: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La-pretencion-procesal-y-la-regla-de-congruencia-Calvinho-G.-.pdf> (1.6.2016).

rige por el primer postulado deriva que el comportamiento no previsto debe considerarse permitido, si se rige por el segundo el comportamiento no previsto debe considerarse prohibido”²²⁵.

Para BOBBIO, el presupuesto de la primera fórmula (Todo está permitido excepto lo que está prohibido) es la libertad natural. En cambio, el presupuesto de la segunda fórmula (Todo está prohibido excepto lo que está permitido) es la falta de libertad. La aplicación o no de ambos principios se encuentra en función de la esfera del Derecho (privado o público). En suma, esta diferencia de situaciones corresponde a la tradicional distinción entre la esfera del Derecho privado y la del Derecho público²²⁶.

En esa misma línea, KELSEN establece que la distinción reside en el sujeto: “El hombre puede hacer todo lo que no le está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico; pero el Estado, o mejor, el hombre investido de la calidad de órgano estatal, solo puede hacer lo que le está permitido jurídicamente”²²⁷.

En definitiva, en la esfera del Derecho público se aplica el postulado opuesto de que “todo está prohibido excepto lo que está expresamente permitido”. Por mor del principio de legalidad, el TJCA solo puede realizar lo que le está permitido y dentro del marco de las competencias expresamente atribuidas por los países miembros. Efectivamente, el principio de atribución de competencias limita la actuación de las instituciones de las organizaciones internacionales a los poderes que les han sido conferidos por los Estados miembros.

Tomando en consideración los antecedentes históricos, cabe recordar que durante la discusión y debate del Protocolo de Cochabamba se propuso reconocer al TJCA una nueva competencia que permitiera a los particulares acudir a la jurisdicción comunitaria para que determinara la responsabilidad por daños y perjuicios causados por los países

²²⁵ “Consideración crítica del principio de permisión según el cual lo no prohibido está permitido”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 15, Universidad del País Vasco, 1998, pp. 187 ss., p. 211.

²²⁶ Cfr. BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 159-160. Citado en *ibidem*, pp. 210-211.

²²⁷ *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona, 1934, p. 290. Citado por: ITURRALDE SESMA, V., “Consideración crítica del principio de permisión...”, *op. cit.*, p. 211.

miembros. En su momento, esta propuesta fue rechazada²²⁸. Este rechazo de los países miembros dejaría claro que el TJCA no podría determinar el monto indemnizatorio o el importe de la condena, circunstancia que otorgaría a sus sentencias la condición de “título ejecutivo”.

Por todos estos motivos, en caso de serle solicitado por el demandante, el Tribunal Andino no puede determinar el monto indemnizatorio, siendo ello una competencia exclusiva del juez nacional dentro de un proceso de conocimiento ordinario, que es el que propiamente se aplica a un proceso por daños y perjuicios. El juez nacional es el único competente para llevar a la práctica el contenido de la sentencia del TJCA y eliminar las consecuencias ilícitas del incumplimiento, mediante, por ejemplo, la reparación del daño causado.

3. El régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que no interpone una previa acción por incumplimiento ante el TJCA (artículo 31 del TCTJCA)

Como hemos visto, la acción por incumplimiento ante el TJCA tiene características e implicaciones jurídicas propias: una legitimación activa amplia que incluye a los particulares afectados en sus derechos, una declaración de incumplimiento a nivel comunitario (sin la exigencia de que se trate de un “incumplimiento flagrante” como veremos en el Capítulo III), una sentencia con efectos *ex tunc* y, además, con la posibilidad de iniciar un “procedimiento sumario por desacato a las sentencias en acción por incumplimiento” frente al país condenado. Por último, sobre la base del artículo 30 del TCTJCA, la sentencia por incumplimiento constituye título legal y suficiente para que el particular que entabló la acción por incumplimiento solicite la indemnización correspondiente ante el juez nacional.

Junto a ello existe la acción reparatoria que se promueve exclusivamente ante el juez nacional sobre la base del artículo 31 del TCTJCA. La producción doctrinal relativa a esta vía es prácticamente nula y la jurisprudencia (nacional o comunitaria)

²²⁸ Véase el Acta de la I Reunión de Plenipotenciarios para la Elaboración del Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 1992, pp. 165-188.

escasa.

Dentro de la jurisprudencia andina cabe rescatar la siguiente caracterización del mecanismo que ahora nos ocupa:

“En conclusión, el mecanismo previsto en el artículo 31 del Tratado del TJCA tiene las siguientes características:

- a) Los sujetos activos son las personas naturales o jurídicas.
- b) Los jueces competentes son los jueces nacionales que conozcan las acciones internas respectivas.
- c) El procedimiento utilizado es el correspondiente a la acción interna, de conformidad con las previsiones procesales del Derecho nacional.
- d) El objeto: que el juez nacional declare la invalidez de una norma interna por contrariar el ordenamiento jurídico comunitario andino, o que determine la responsabilidad extracontractual del país miembro por su incumplimiento.
- e) Si el particular escoge la vía del artículo 31 del Tratado, ya no puede acudir simultáneamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante la acción de incumplimiento.
- f) El juez de última instancia que conoce un asunto con base en el mecanismo del artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, debe solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad una interpretación prejudicial, de conformidad con las previsiones del derecho comunitario andino sobre la materia”²²⁹.

Varios de los rasgos apuntados merecen algún comentario adicional. Antes, sin embargo, es preciso lamentar que, al identificar el objeto de la acción ante el juez nacional, en el literal d), el TJCA mezcle dos cosas conexas, pero distintas: (i) la inaplicación (se habla incluso de “invalidez”) de la norma interna contraria al ordenamiento andino como forma de lograr el restablecimiento del derecho infringido, lo cual apunta al efecto directo de la disposición andina de que se trate; y, (ii) la determinación de la responsabilidad patrimonial del país miembro por su incumplimiento, que constituye propiamente el propósito de la acción reparatoria del artículo 31 del TCTJCA.

²²⁹ STJCA de 15.2.2012, Proceso 111-IP-2011, p. 13.

El TJCA sí ha sabido destacar el papel que desempeñan los jueces nacionales en el marco de este precepto, actuando como “jueces comunitarios”. La consecución de los objetivos del proceso de integración, así como el cumplimiento y la plena eficacia de su ordenamiento jurídico se apoyan, principalmente, en los órganos públicos nacionales, quienes de manera descentralizada deberán cooperar lealmente con los órganos comunitarios. Al respecto, se ha dicho que la principal responsabilidad por la aplicación del Derecho comunitario recae justamente en las administraciones públicas y en las cortes nacionales²³⁰.

En apoyo de este aserto, LASO PÉREZ explicó que:

“La cooperación leal entre la Comunidad y los Estados miembros tiene un significado finalista o teleológico; se dirige a la consecución de los objetivos de la comunidad (...). El principio de colaboración obliga a los órganos jurisdiccionales internos, a asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento comunitario concede a los particulares (...) la ejecución del ordenamiento comunitario se lleva a cabo tanto por los Estados como por las instituciones comunitarias (...). La administración descentralizada resulta imprescindible en función de la limitada capacidad de la administración comunitaria que solo podría desempeñar una gestión poco rigurosa (...)”²³¹.

La vía directa del artículo 31 del TCTJCA ante el juez nacional es más inmediata, ya que, ante la violación de sus derechos, los particulares tienen expedita esta acción para solicitar su salvaguarda judicial, como si se tratara de derechos que provienen de su propia normativa interna, “a través de los instrumentos procesales propios del ordenamiento jurídico interno”²³².

²³⁰ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, *Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario*, N° 19, 2001, p. 6.

²³¹ *Cooperación Leal en el Ordenamiento Comunitario*, Colex, Madrid, 2000, pp. 22, 29, 262 y 264.

²³² STJCA de 15.2.2012, Proceso 111-IP-2011, pp. 10 y ss. También véase la STJCA de 15.3.2013, Proceso 106-IP-2012, pp. 12-13.

En palabras de SUÁREZ MEJÍAS:

“La principal ventaja de esta vía es que no está en manos de la Comunidad, sino de los jueces nacionales y los gobiernos de los Estados miembros, quienes no rechazan obedecer a sus propios tribunales en la generalidad de los casos”²³³.

En esa misma línea, BALDEÓN HERRERA ha afirmado que:

“Los particulares son sujetos de Derecho comunitario y, por tanto, titulares de derechos subjetivos que pueden ser reivindicados ante el Tribunal Andino, pero como mayor eficacia ante los jueces nacionales. Sin duda, la función de los jueces nacionales es de la mayor relevancia para que los particulares puedan hacer efectivos los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. Son los jueces nacionales quienes deben asegurar el restablecimiento de las situaciones jurídicas individualizadas de los ciudadanos y los que, en definitiva, tienen la responsabilidad de otorgar una protección judicial efectiva, inaplicando las normas internas incompatibles con el Derecho comunitario e indemnizando a los particulares afectados en sus derechos por las infracciones al orden jurídico de la CAN cometidas por las autoridades nacionales”²³⁴.

En otro orden de consideraciones, en el ámbito andino se discute si el juez nacional puede él, por sí mismo, directamente, declarar el incumplimiento y condenar al pago de las indemnizaciones o, por el contrario, debe plantear —siempre y en todo caso— la correspondiente interpretación prejudicial y esperar al pronunciamiento del TJCA²³⁵.

En esta segunda línea de pensamiento, que defiende el planteamiento obligatorio (incluso en primera instancia ordinaria) de la interpretación prejudicial por parte del juez nacional que conoce una acción al amparo del artículo 31 del TCTJCA, se sitúa el ex magistrado ecuatoriano del TJCA, HURTADO LARREA, quien aduce a favor de su

²³³ “La responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, p. 224.

²³⁴ “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Colección Eventus, 2003, pp. 254 ss., pp. 273-274.

²³⁵ Sobre ambas posiciones, para un mayor detalle, véase: SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 103-107.

tesis la competencia exclusiva del Tribunal Andino para declarar los incumplimientos de este ordenamiento jurídico²³⁶. Se apoya, a tal efecto, en una interpretación legalista y literal del artículo 107 del ETJCA, que se abre con la frase “La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal”, destacando que este precepto se refiere únicamente al órgano jurisdiccional comunitario y no a otro tribunal o instancia nacional²³⁷.

En esa misma posición se sitúa también, por ejemplo, PADILLA MORENO, para quien el planteamiento de cuestión prejudicial permite obtener “una interpretación auténtica y vinculante respecto de la norma andina para el caso concreto, [el TJCA] velará por la uniformidad en la aplicación de ese precepto comunitario y quien dará el correcto alcance en el contexto integracionista a dicha norma, a fin de que se reconozca o no el derecho del particular para ser indemnizado por el Estado transgresor”²³⁸.

Este planteamiento doctrinal olvida que la acción ante el juez nacional no es, propiamente dicha, una “acción por incumplimiento” —como lo es la comunitaria ante el TJCA—, ya que el juez nacional no declarará de forma general un incumplimiento. Cuando el incumplimiento verse sobre la adopción de una norma nacional contraria al Derecho comunitario, el juez nacional únicamente inaplicará *ad casum* la norma nacional y declarará la indemnización a que haya lugar a favor del particular afectado. En virtud de la distribución de las competencias jurisdiccionales, en el supuesto de acudir directamente ante el juez nacional, este subsana el derecho individual vulnerado, mientras que el TJCA declara el incumplimiento con alcance general²³⁹. Ello, por supuesto, sin ignorar que cuando el juez nacional conoce de la acción de responsabilidad patrimonial, implícitamente, hace un juicio de valor sobre el

²³⁶ Cfr. “Los incumplimientos y la acción asignada a la competencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, BID-INTAL, Buenos Aires, 1985, pp. 79-80.

²³⁷ A tenor del mencionado precepto:

“La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un país miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina. La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación”.

²³⁸ “La responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino”, *Revista de Derecho Foro*, N° 9, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2008, pp. 63 ss., p. 89.

²³⁹ STJCA de 25.2.1994, Proceso 6-IP-93, p. 5.

incumplimiento de las obligaciones asumidas por el país miembro.

Sea como fuere, el TJCA ha admitido que, en primera instancia, el juez nacional podría valorar *prima facie* el eventual incumplimiento del país miembro en el marco de una acción indemnizatoria, sin necesidad de solicitar una interpretación prejudicial. El juez nacional tiene competencia plena para declarar el incumplimiento sin tener que esperar una interpretación prejudicial del TJCA, derivando ello del mismo Tratado y del Derecho interno a la vez: en lo sustantivo del Derecho comunitario, pero en lo procesal del Derecho nacional²⁴⁰.

Tal planteamiento resulta *a contrario sensu* de su afirmación según la cual resulta obligatorio solicitar la interpretación prejudicial cuando el órgano jurisdiccional nacional sea de única o de última instancia ordinaria:

“[e]n el marco de la vía judicial del artículo 31 del Tratado del TJCA, el juez interno si es de última instancia y con el objetivo de lograr coherencia en el sistema, al conocer de una demanda de conformidad con las previsiones de su Derecho interno, debe solicitar la correspondiente interpretación prejudicial. (...) El juez de última instancia que conoce un asunto con base en el mecanismo del artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, debe solicitar al TJCA una interpretación prejudicial, de conformidad con las previsiones del Derecho comunitario andino sobre la materia”²⁴¹.

Al respecto, cabe recordar que en el asunto *Sofaven* el juez venezolano no planteó la cuestión prejudicial a la que estaba facultado. No debió de necesitar que el TJCA le aclarara, por ejemplo, si la norma andina violada era atributiva de derechos para el particular.

Semejante planteamiento refuerza el papel de los jueces nacionales como “jueces comunitarios”. Así los ha calificado el TJCA:

²⁴⁰ Cfr. ANDUEZA, J. G., *El Tribunal del Pacto Andino*, Publicaciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1986, pp. 122-123.

²⁴¹ STJCA de 15.2.2012, Proceso 111-IP-2011, pp. 10 y ss.

“Que este Tribunal es competente para interpretar en vía prejudicial (...) siempre que la solicitud provenga de juez nacional también con competencia para actuar como juez comunitario (...) La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario, en cuya virtud los tribunales de cada uno de los países miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el Derecho comunitario (...)”²⁴².

El artículo 31 del TCTJCA ha empoderado al juez nacional, como “juez comunitario”, con la facultad de valorar el incumplimiento de un país miembro en el marco de una acción indemnizatoria. En esa misma línea, la jurisprudencia andina ha establecido que “le corresponde al juez nacional establecer dentro de la normativa interna si se dan las causales de incumplimiento generadoras de responsabilidad del Estado ante el individuo”²⁴³.

El juez nacional no necesita de una sentencia previa del TJCA, sea una sentencia en acción por incumplimiento o en interpretación prejudicial, a efectos de poder concluir la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario. Aunque no hay que desconocer que encontrarse con tal sentencia permitiría allanar el camino²⁴⁴.

Sobre este punto, ALONSO GARCÍA concluye que:

“[u]na previa constatación del incumplimiento por el Tribunal de Justicia reforzaría el pronunciamiento del juez nacional declarando en su caso, la existencia de responsabilidad, pero no podría considerarse, sin embargo, *conditio sine qua non* (...) los derechos en beneficio de los particulares derivan de las disposiciones mismas del Derecho comunitario (...) dotadas de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y no, por consiguiente, de una sentencia comunitaria declarativa de un incumplimiento”²⁴⁵.

²⁴² STJCA de 12.11.2003, Proceso 131-IP-2003, pp. 11-12.

²⁴³ STJCA de 25.2.1994, Proceso 6-IP-93, p. 5.

²⁴⁴ Cfr. CANUTO, E., “Acción de indemnización y acción de restitución por vulneración del Derecho Comunitario”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, N° 235, 2010, pp. 32 ss., p. 36.

²⁴⁵ *Derecho Comunitario Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 305 y 306.

4. Aspectos comunes (y diferentes) de los mecanismos previstos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA

Tras revisar los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA, pasaremos a analizar algunos de los elementos que tienen en común y otros que los diferencian.

4.1. La común remisión al Derecho nacional

Las vías de los artículos 30 y del 31 del TCTJCA dan entrada, ambas, al Derecho nacional. Sobre la función de los regímenes nacionales de responsabilidad pública, ALONSO GARCÍA ha indicado que ellos desempeñan:

“[u]n papel estelar en el funcionamiento del régimen de responsabilidad europeo, ya que este sigue inspirándose en los Derecho nacionales, atento el TJUE a la evolución que estos vayan sufriendo tanto en el terreno legislativo como en el doctrinal y en el jurisprudencial”²⁴⁶.

En el ámbito andino, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de estas acciones son los mismos que en el Derecho interno tienen competencia para conocer las acciones contra el Estado:

- (i) En Bolivia: en primera instancia son los Tribunales de Sentencia y los jueces con jurisdicción donde ejercen competencia en razón de territorio, naturaleza o materia; y, en segunda instancia, los Tribunales Departamentales de Justicia²⁴⁷.
- (ii) En Colombia: en primera instancia son los Tribunales Contencioso Administrativos regionales; y, en segunda instancia, el Consejo de Estado, Sección tercera, que es la que conoce de los asuntos de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado²⁴⁸.

²⁴⁶ *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, S.L. Civitas Ediciones, Pamplona, 2012, p. 340.

²⁴⁷ Ley del Órgano Judicial, de 24 de junio de 2010.

²⁴⁸ El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (1991) establece que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de

(iii) En el Ecuador: El Tribunal Contencioso Administrativo es la única instancia judicial ordinaria, según el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa²⁴⁹; contra su sentencia cabe únicamente recurso extraordinario de casación ante la Corte Nacional de Justicia y solo para casos muy especiales. En el marco del artículo 31 del TCTJCA, el Tribunal Contencioso Administrativo se encuentra obligado —siempre y en todo caso— a solicitar la interpretación prejudicial al TJCA.

(iv) En el Perú: en primera instancia es el Juez Especializado en lo Civil; y, en

tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este”.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. El precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber, que haya un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. Para un mayor detalle, véase: RUIZ OREJUELA, W., *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2010, p. 193.

Según MOLINA BETANCUR, para Colombia resulta un gran avance jurisprudencial que desde 1998 se le permita a cualquier ciudadano demandar al Estado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (la Sección Tercera del Consejo de Estado) por un hecho u omisión del legislador, así se encuentre legislativamente en la imposibilidad de demandar directamente ante la justicia ordinaria (“El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano”, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, VIDAL PERDOMO, J., DÍAZ PERILLA, V. y AMPARO RODRÍGUEZ, G. (Dirs.), Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 79 ss., p. 109).

Por su parte, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011) se regula la reparación directa:

Artículo 140.- Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Adicionalmente, el artículo 152 de la misma normativa establece la competencia de los tribunales administrativos en primera instancia:

“Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)”.

²⁴⁹ “Artículo 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo:

- a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad;
- b) Conocer y resolver en única instancia de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación que establezcan responsabilidad en la gestión económica estatal o municipal o de otras instituciones sometidas al control o juzgamiento de aquélla; (...).”

segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia²⁵⁰.

En el marco de los artículos 30 y 31 del TCTJCA, el juez nacional aplicaría, en primer lugar, los aspectos procedimentales o formales de la normativa nacional concernientes al plazo nacional para el ejercicio de la acción de responsabilidad, la forma y el procedimiento del cálculo de la reparación del daño o las medidas cautelares.

Respecto de la remisión a los regímenes nacionales, proponemos que operen las mismas limitaciones que el TJUE ha identificado en el ámbito europeo, de tal manera que la primacía del Derecho comunitario impondrá la inaplicación de las normas nacionales que obstaculicen la consecución de la reparación. Las reglas que presiden el ejercicio de las acciones de responsabilidad ante las cortes domésticas por infracción del Derecho andino no pueden ser menos favorables que las que presiden las acciones basadas en puro Derecho interno (principio de equivalencia), ni tampoco pueden hacer imposible o excesivamente difícil el derecho de reparación (principio de efectividad)²⁵¹.

Esas mismas limitaciones juegan igualmente respecto del cálculo de la indemnización, que se determina de conformidad con el Derecho nacional, pero teniendo presente que los criterios que resulten de este ordenamiento no pueden ser

²⁵⁰ La responsabilidad del Estado peruano se encuentra regulada en los artículos 1969, 1970, 1979, 1980 y 1981 del Código Civil. Un proyecto de reforma del Código Civil encaminado a darle una mayor claridad y precisión a la responsabilidad del Estado fue rechazado con el argumento de que no era conveniente llamar la atención sobre este punto con una norma expresa porque el Estado podría verse “asediado” por procesos judiciales sobre su responsabilidad civil. Para un mayor detalle, véase: TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 227. Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo 017-93-JUS señala lo siguiente:

“Artículo 49.- Competencia de los Juzgados Civiles.

Los Juzgados Civiles conocen: (...) 4.- De los asuntos civiles contra el Estado, en las sedes de los Distritos Judiciales; (...)”.

“Artículo 40.- Competencia de las Salas Civiles.

Las Salas Civiles conocen: 1.- De los recursos de apelación de su competencia conforme a ley; 2.- De las quejas de derecho, contiendas de competencia y conflictos de autoridad que les corresponde conforme a ley; 3.- En primera instancia, de los procesos sobre responsabilidad civil derivadas del ejercicio de sus funciones, contra los Jueces Especializados o Mixtos, los Jueces de Paz Letrados, y los Jueces de Paz; 4.- De las contiendas de competencia entre los Jueces Civiles; 5.- Como primera instancia, en las acciones contencioso - administrativas de su competencia; y, 6.- De los demás procesos que establece la Ley”.

²⁵¹ STJCE de 19.11.1991, as. *Andrea Francovich y Daniela Bonifacci y otros vs. República italiana*, C-6/90 y C-9/90. Para un mayor detalle, véanse: GUICHOT REINA, E., “La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad”, *Revista española de derecho europeo*, N° 60, Civitas, 2016, pp. 49-101; e, IBÁÑEZ GARCÍA, I., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los principios de equivalencia y efectividad respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 291, 2009, pp. 141 ss.

menos favorables que los que operan frente a reclamaciones similares basadas en el Derecho interno, ni articularse de manera que la reparación sea prácticamente imposible o excesivamente difícil de obtener. Además, como en la UE, la reparación debe ser proporcional al perjuicio sufrido²⁵².

En el ámbito andino, el autor GARRÓN BOZO ha recogido los criterios del TJUE, de la siguiente manera:

“(…) a falta de disposiciones comunitarias, corresponde al ámbito jurídico interno de cada Estado miembro, fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación. Esta garantía de reparación no puede ser menos favorable que los referentes a reclamaciones semejantes basadas en el Derecho interno; tampoco podrán articularse de manera que se haga prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación”²⁵³.

La siguiente jurisprudencia andina sobre marcas es aplicable respecto de los elementos a tomarse en cuenta en el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios:

“El artículo 243 de la Decisión [486] enuncia, en forma no exhaustiva, los criterios que deberán tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización (...) cuya existencia haya sido oportunamente probada en el curso del proceso por el actor. Éste deberá aportar, igualmente, la cuantía de los daños y perjuicios en referencia o, al menos, las bases para fijarla. Se entiende que será indemnizable el daño que, sufrido por el titular, se encuentre causalmente enlazado con la conducta del infractor (...) será indemnizable el daño emergente, es decir, la pérdida patrimonial sufrida efectivamente por el titular como consecuencia de la

²⁵² Según reiterada jurisprudencia europea, la reparación debe ser proporcional al perjuicio sufrido: “[p]ara que el perjuicio sufrido debido a una discriminación por razón de sexo tenga una indemnización o reparación efectiva de forma disuasoria y proporcionada, el artículo 18 de la Directiva 2006/54 obliga a los Estados miembros que elijan la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno medidas que prevean el abono de una indemnización que cubra íntegramente el perjuicio sufrido, según los procedimientos que determinen (...) las sanciones, que ‘podrán incluir la indemnización a la víctima’, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Véase la STJUE de 17.12.2015, as. C-407/14, apartados 37, 38 y 45. Asimismo, “debe señalarse que la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del Derecho comunitario debe ser *adecuada al perjuicio sufrido*, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos” (énfasis añadido). Véase la STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, apartado 82.

²⁵³ *Derecho comunitario: Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea*, Producciones CIMA, La Paz, 2004, p. 85.

vulneración del derecho al uso exclusivo de su marca (...) el lucro cesante, es decir, las ganancias que el titular de la marca protegida habría obtenido mediante la comercialización normal de sus productos (...) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor (...) el precio que habría tenido que pagar por la concesión a su favor de una licencia contractual de explotación de la marca”²⁵⁴.

Dentro del proceso de reparación, el juez nacional tendrá la facultad de determinar si el perjudicado ha obrado con “diligencia razonable” para evitar o reducir el daño y comprobar si ha ejecutado oportunamente todas las acciones que hubiere podido ejercitar, en virtud que el nexo causal puede debilitarse o hasta desaparecer en consideración a la conducta del mismo perjudicado²⁵⁵.

Esta remisión al ordenamiento nacional abarca también los aspectos sustantivos o materiales, al menos en la medida en que el ordenamiento interno contemple unos requisitos más favorables para el particular para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado. Al respecto, el régimen europeo de responsabilidad de los Estados miembros impone la aplicación del régimen nacional si este es más favorable para el particular, puesto que el Estado puede incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos con arreglo al Derecho nacional²⁵⁶.

COBREROS MENDAZONA ha reformulado que “para el supuesto de que el régimen interno estatal fuera más generoso —esto es, exigiera menos requisitos o lo hiciera con menor intensidad—, el mínimo común resarcitorio de Derecho de la Unión Europea quedaría desplazado o sustituido por aquél”²⁵⁷.

²⁵⁴ STJCA de 17.9.2014, Proceso 80-IP-2014, p. 24.

²⁵⁵ Véase: STJCE de 19.5.1992, as. *J. M. Mulder y otros y Otto Heinemann contra Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas*, C-104/89 y C-37/90.

²⁵⁶ STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, párrafos 93 y ss.

²⁵⁷ “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea”, *Revista de administración pública*, N° 196, 2015, pp. 11 ss., p. 28. El mismo autor concluyó respecto del caso español lo siguiente: “1.ª Para la responsabilidad en caso de incumplimiento judicial del ordenamiento de la Unión debe aplicarse el requisito de la violación suficientemente caracterizada, en detrimento de la interpretación propia del Tribunal Supremo sobre lo que (al menos hasta ahora) entiende por error judicial ex artículo 293.1 LOPJ; 2.ª Para la responsabilidad en caso de incumplimiento administrativo del Derecho de la Unión no debe exigirse el requisito de la violación suficientemente caracterizada, por ser esta una exigencia que no se requiere en el sistema interno de daños imputables a las Administraciones públicas, ex artículos 139 y ss. LRJPAC; y, 3.ª Para la responsabilidad en caso de leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea no debe exigirse tampoco la cualificación de incumplimiento manifiesto y grave, como sinónimo de suficientemente caracterizado, por

SUÁREZ MEJÍAS señala que es probable que este estándar mínimo no sea aplicable a Colombia y Venezuela, ya que ambas legislaciones nacionales son más favorables y generosas:

“[e]stán tan adelantadas (...) que parece que el *standard* mínimo que pretendió la jurisprudencia europea (...) es superado por aquéllas en los países andinos hasta el punto de que, a diferencia de la jurisprudencia europea, que tiende a subjetivizarse, los ordenamientos jurídicos nacionales consideran la responsabilidad patrimonial de los Estados como objetiva en líneas generales, aunque hay algunos aspectos en los que la subjetividad pudiera tener cabida, pero, en todo caso, es la excepción”²⁵⁸.

Particularmente, SUÁREZ MEJÍAS desarrolla el caso de Venezuela, que cuenta con un régimen nacional más beneficioso para el particular. El artículo 140 de la Constitución establece un régimen mixto de responsabilidad administrativa, en el cual, al lado de la tradicional responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración —muy parecida a la responsabilidad por hecho ilícito del Derecho civil—, resulta procedente la responsabilidad administrativa sin falta o por sacrificio particular si el ciudadano demuestra que por una acción u omisión administrativa, aunque sea totalmente legal, se ha producido una violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, al sufrir un daño anormal y especial²⁵⁹.

En otras palabras, en Venezuela cabe invocar la responsabilidad del Estado incluso por actos u omisiones legales y legítimas²⁶⁰, pero que causen un sacrificio al particular. Por lo tanto, de haber continuado como país miembro de la CAN, Venezuela hubiera tenido que aplicar su legislación nacional —más favorable y generosa para los particulares—, en lugar del estándar mínimo comunitario.

no ser éste un requisito que, para el Tribunal Supremo, tenga equivalente a la hora de otorgar la indemnización en los supuestos de leyes inconstitucionales”. *Ibidem*, pp. 57-58.

²⁵⁸ *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, p. 88.

²⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 133. Sobre el caso venezolano, del mismo autor véase también: “La reforma del artículo 153 de la Constitución de 1999: un severo retroceso de una gran avance”, *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, 112, Caracas, 2007, pp. 125 ss.

²⁶⁰ En el ámbito europeo, el TJUE rechazó la existencia de un régimen de responsabilidad de la Unión por actividad lícita en el estado actual de la evolución del Derecho europeo, a la luz “del examen comparativo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros” (asunto *FIAMM v. Consejo y Comisión* de 2008). Véase ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico...*, *op. cit.*, p. 340.

Sin embargo, debe considerarse de manera especial que “hay países como Bolivia y Perú en donde la responsabilidad patrimonial es prácticamente inexistente, por lo que un estándar mínimo europeo pudiera ser conveniente”²⁶¹.

En el marco del artículo 31 del TCTJCA, para evitar que la heterogeneidad de los diferentes sistemas nacionales ponga en peligro la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario, en el Capítulo III de la presente tesis se proponen condiciones sustantivas comunes para un *régimen andino* de responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho comunitario, con mayor razón cuando existen regímenes nacionales menos favorables para el particular. Tales condiciones constituirían el estándar mínimo comunitario.

4.2. La diferencia en el *dies a quo*

Aunque los plazos para entablar ante las cortes nacionales la acción reparatoria (fijados por los ordenamientos nacionales) sean comunes tanto si se actúa al amparo del artículo 30 como si se hace bajo el artículo 31 del TCTJCA, varía la determinación del *dies a quo*.

En el supuesto que, tras la declaración del incumplimiento por parte del TJCA, el particular que entabló la acción ante el Tribunal acude a la vía nacional para reclamar una reparación (artículo 30 del TCTJCA), se plantea la pregunta de si el *dies a quo* a efectos del plazo de dicha acción indemnizatoria ha de situarse en el momento en que se produce el hecho material causante del daño o cuando se notifica la sentencia del TJCA. Hay incluso una tercera alternativa, consistente en considerar el plazo (de 90 días) del cual dispone el país condenado para la ejecución de la sentencia por incumplimiento del TJCA.

A nuestro parecer, en los casos en los que existe una sentencia del TJCA constatando la infracción en el marco del artículo 30 del TCTJCA, tiene sentido que el *dies a quo* a efectos del cómputo del plazo de la acción indemnizatoria comience cuando la sentencia del TJCA es notificada, en lugar de cuando se produce el hecho

²⁶¹ SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., p. 91.

material causante del daño.

A este respecto, el artículo 91 del ETJCA es claro al establecer que:

“La sentencia tendrá fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su notificación y es aplicable en el territorio de los países miembros sin necesidad de homologación o exequátur”.

De conformidad con la norma citada y en aplicación del artículo 30 del TCTJCA, el plazo corre desde la respectiva notificación de la sentencia al particular demandante y, en su caso, al particular coadyuvante, a quien también se le notifica la sentencia del TJCA.

Por lo que hace a la incidencia del plazo de 90 días para la ejecución de la sentencia condenatoria, aunque, sin duda, situar el *dies a quo* cuando vence el plazo para la ejecución de la sentencia del TJCA favorece (y no perjudica) al particular que, en definitiva, dispondrá de más tiempo para presentar la demanda en sede nacional, lo cierto es que es la sentencia en sí misma considerada —y no su ejecución— la que constituye el “título legal y suficiente” para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

En cambio, para cualquier otro particular que entable la acción indemnizatoria al amparo del artículo 31 del TCTJCA, el *dies a quo* será siempre el que determine el ordenamiento interno. En efecto, los países andinos han codificado la posibilidad de acudir al juez nacional reconociendo así el principio de autonomía procesal, el cual en Europa fue consagrado de manera jurisprudencial por el TJUE.

En virtud del principio de autonomía procesal, la falta de normativa andina o la falta de armonización en materia procesal determina que esta cuestión pertenezca al ordenamiento jurídico interno de los países miembros, siempre y cuando se respeten los principios de equivalencia y de efectividad²⁶². En palabras de JANER TORRENS, este

²⁶² Véanse: STJUE de 9.9.2015, as. *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*, C-160/14; STJUE de 26.10.2006, as. *Mostaza Claro*, C-168/05; y, STJUE de 6.10.2009, as. *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08.

principio implica “un equilibrio entre el principio de primacía del Derecho comunitario y la necesidad de respetar los procedimientos previstos por los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales”²⁶³, determinando ello un “respeto y una clara voluntad de no inmiscuirse en los ordenamientos nacionales más allá de lo que fuera estrictamente necesario”²⁶⁴.

Cabe precisar que el TJCA ha fallado —dentro de una acción por incumplimiento interpuesta por la SGCA²⁶⁵— que una sentencia por incumplimiento permite a los perjudicados (que no presentaron la demanda que dio lugar a dicha sentencia) reclamar una indemnización ante los jueces nacionales (artículo 31 del TCTJCA) aunque, en este caso, no constituirá un título “suficiente”, sino que deberá probarse que hay un incumplimiento cualificado de una norma andina atributiva de derechos, como veremos en el siguiente capítulo.

Ahora bien, puede darse el caso de que un particular hubiese visto inadmitida su demanda reparatoria por el vencimiento del plazo nacional y que, con posterioridad, el TJCA dictara una sentencia condenando al Estado “sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en esta sentencia para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder”²⁶⁶.

En tal supuesto, en la medida que el ordenamiento interno permita la revisión de dicha inadmisión, el particular puede acudir a la vía del artículo 31. En definitiva, el Derecho comunitario no se opone a las disposiciones nacionales que establezcan un plazo imperativo para la presentación de cualquier demanda de reparación, siempre y cuando se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

En todo caso, de darse el vencimiento del plazo nacional, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro tienen la posibilidad de acudir a la SGCA y al TJCA —acción que excluye la posibilidad de

²⁶³ *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 100.

²⁶⁴ Ídem.

²⁶⁵ STJCA de 24.10.2007, Proceso 143-AI-2005, p. 22.

²⁶⁶ Ídem.

acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31—, toda vez que esta acción comunitaria no cuenta con un plazo determinado.

En conclusión, respecto de las eventuales acciones ante el juez nacional, se pueden inferir dos posibles y diferentes situaciones, con *dies a quo* propios:

- (i) En el caso que el particular demandante o coadyuvante en la acción por incumplimiento acude al juez nacional con la sentencia del TJCA como título legal y suficiente para solicitar la indemnización (artículo 30 del TCTJCA), el plazo corre desde la notificación a él de la sentencia del TJCA.
- (ii) En el caso que el particular no demandó en acción por incumplimiento ante el TJCA y acude al juez nacional (artículo 31 del TCTJCA), alegando a tal efecto la afectación de sus derechos merced al incumplimiento del Derecho andino cometido por el Estado, el *dies a quo* será el que determine el ordenamiento interno.

4.3. La común contribución al *enforcement* privado del Derecho andino

Para empezar este acápite de la tesis, hacemos nuestras las palabras de VAN ROOSEBEKE:

“Law is useless without enforcement. The process of making national law equally enforceable not just against individuals or friends of the mighty but also against the mighty themselves, has been a long lasting journey. Nowadays, this is a corner Stone of the constitutional democratic state. Making supranational or even international law enforceable against States is a story still unfolding”²⁶⁷.

²⁶⁷ *State Liability for Breaches of European Law*, GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden, 2007, p. 15.

En el ámbito europeo, varios autores han recogido la distinción entre el *enforcement* público y el privado²⁶⁸. Al respecto, el mismo autor VAN ROOSEBEKE ha explicado que:

“The first one is a so called ‘public enforcement procedure’. As ‘guardian of the Treaty’, the European Commission was given the power to bring to the European Court of Justice any Member State which infringes Community law. (...) More than 90% of the cases are solved before reaching the European Court of Justice, illustrating that both the Commission and the member states appreciate a “diplomatic” solution of infringement problems. (...) one of the most famous and contended products of jurisdiction of the European Court of Justice: the liability of Member States of the European Community for breaches of European legislation. This so called ‘Francovich doctrine’ has been developed by the European Court of Justice as an alternative –since private- law enforcement mechanism to the European Commission’s public enforcement activities”²⁶⁹.

Por su parte, TALLBERG ha escrito que:

“Whereas supervision through the Article 169 procedure is centralized, active, and direct, granting the supranational institutions an immediate role in the enforcement of member state compliance (police-patrols), supervision through national courts is decentralized, reactive, and indirect, where the role of the institutions consists in creating and perfecting a system permitting citizens and companies to independently secure their rights under EC law (fire-alarms)”²⁷⁰.

En la CAN, se tiene tanto el *enforcement* público (artículos 23 a 29 del TCTJCA, que regulan la acción por incumplimiento ante el TJCA), como el *enforcement* privado (artículos 30 y 31 del TCTJCA).

²⁶⁸ Sobre el *enforcement* público y privado en la UE y la contribución de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros al *enforcement* privado, véanse: LOCK, T., “Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich”, *Common market law review*, vol. 49, N° 5, 2012, pp. 1675 ss.; y, TALLBERG, J., “Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability”, *Journal of European Public Policy*, vol. 7, 2000, pp. 104 ss.

²⁶⁹ *State Liability for Breaches...*, *op. cit.*, pp. 15-16.

²⁷⁰ “Supranational influence in EU enforcement...”, *op. cit.*, p. 108.

Particularmente, la activación del mecanismo establecido en el artículo 31 del TCTJCA constituiría una eficaz medida disuasoria de conductas antijurídicas, evitando que las autoridades nacionales cometan infracciones, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento del ordenamiento jurídico comunitario y al resguardo de los derechos de los particulares, cual sistema de “*fire-alarms*” a través de las cortes nacionales²⁷¹.

A manera ilustrativa, podemos mencionar que el TJCE se pronunció sobre la incompatibilidad de la normativa francesa con la normativa comunitaria sobre la fijación de precios de los tabacos importados de los países miembros de la Comunidad Europea y la fijación de los precios de venta al público²⁷². Mediante sentencia nacional, el Consejo de Estado francés afirmó que los demandantes tenían derecho a reclamar una indemnización “cuyo montante debe establecerse teniendo en cuenta la diferencia que existe entre los ingresos percibidos sobre la base de los precios de venta fijados en virtud de la norma cuya incompatibilidad con el Derecho comunitario se ha constatado y los ingresos que hubiesen percibido si los precios de venta hubiesen sido fijados legalmente”²⁷³. La cuantía total de la indemnización ascendió así a 230.000 francos franceses, más los intereses legales correspondientes.

Otro ejemplo es la sentencia nacional que puso fin al conocido asunto *Factortame*, con la concesión de una indemnización a favor de los armadores españoles por una cuantía de 80 millones de libras esterlinas²⁷⁴.

Por su lado, mediante sentencia de 12 de junio de 2003, el Tribunal Supremo de España, asumiendo plenamente la jurisprudencia del TJUE, constató la responsabilidad de la Administración General del Estado español por daños causados a Canal Satélite Digital en violación del Derecho europeo por la regulación restrictiva del uso de

²⁷¹ Cfr. Ídem.

²⁷² STJCE de 21.6.1983, as. *Comisión c. Francia*, 90/82.

²⁷³ La sentencia del Consejo de Estado francés fue citada por: PÉREZ GONZÁLEZ, M. C., *La responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por el incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, p. 471.

²⁷⁴ Cfr. CLOVER, Ch., “Britain faces E80m payout to Spanish Fishermen”. Disponible en web: <http://www.telegraph.co.uk>. [En línea, 29 octubre 1999]. Citado por: Ibídem, p. 451. MARTÍN RODRÍGUEZ ha precisado que: “Mientras que con respecto a *Factortame* sí fue acordada por la House of Lords británica una reparación o indemnización de los daños causados por la violación suficientemente caracterizada (Merchant Shipping Act), la parte *Brasserie du Pêcheur* vio cómo el Bundesgerichtshof alemán le denegaba la indemnización con argumentos poco convincentes y respetuosos del Derecho fijado por el TJ” (“La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año N° 8, N° 19, 2004, pp. 829 ss., p. 851).

determinados decodificadores de televisión, y le reconoció una cuantiosa indemnización de más de 26 millones de euros²⁷⁵.

Los tres ejemplos citados demuestran que los incumplimientos pueden generar obligaciones de reparación sumamente gravosas para los Estados, lo que nos permite calibrar la incidencia y la importancia, actual y futura, de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por incumplimiento del Derecho comunitario²⁷⁶.

Queda así patente la contribución del artículo 31 del TCTJCA al *enforcement* privado del Derecho andino. Este es un rasgo común que comparte con los artículos 25 y 30 del TCTJCA relativos al régimen de responsabilidad patrimonial para el particular que interpuso la acción por incumplimiento ante el TJCA, “al imponer a los Estados una mayor diligencia en el cumplimiento de sus compromisos comunitarios”²⁷⁷, ya que los incumplimientos pueden ahora generar obligaciones de reparación que en algunos casos podrían ser duras de asumir para el tesoro público, tal como sucede en la UE.

El régimen de la responsabilidad patrimonial de los países miembros cumpliría entonces una doble función: por un lado, reparadora y resarcitoria del daño ocasionado a los particulares; y, por otro lado, indirectamente preventiva o disuasoria para evitar o, al menos reducir, los comportamientos infractores de los Estados. De esta manera, la obligación de reparar que se impone al país miembro, “en la medida que constituye una reacción adversa a sus intereses, le inducirá, para preservarlos, a no repetir una conducta que es negativa para los mismos”²⁷⁸.

A razón de lo señalado, en virtud de la aplicación de los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA se lograrían varios objetivos:

²⁷⁵ Respecto de dicha sentencia, ORDÓÑEZ SOLÍS señaló que “la recepción de la jurisprudencia comunitaria en nuestro Derecho no podía ser más apropiada con una sentencia, como la del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003, donde generosamente desborda las expectativas de los europeístas más optimistas” (“La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Año 61, Nº 2048, 2007, pp. 3995 ss., p. 4030).

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 4017.

²⁷⁷ QUINDIMIL LÓPEZ, J., *Instituciones y Derecho...*, *op. cit.*, p. 307.

²⁷⁸ NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Edersa, Madrid, 2006, p. 297.

- (i) Se garantizarían los derechos de los particulares establecidos en el ordenamiento jurídico andino.
- (ii) Se afianzaría el ordenamiento jurídico andino, dotándolo de un mayor *enforcement*, sea mediante las acciones por incumplimiento ante el TJCA, los procesos nacionales o la eventual consulta prejudicial.
- (iii) Se estimularía la internalización del Derecho andino y la *cross-fertilization* entre este y los ordenamientos jurídicos nacionales a resultados de la mayor participación de las cortes nacionales²⁷⁹.

En definitiva, en la CAN existe un andamiaje coactivo, en términos de *enforcement*, para lograr el cumplimiento del Derecho comunitario por parte de los países miembros, en el que, a la acción por incumplimiento, se le suman la autorización de medidas de ejecución de sentencia en el marco del procedimiento sumario y la responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho comunitario en el marco de los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

²⁷⁹ Sobre el proceso de *crossfertilization* entre la UE y los ordenamientos jurídicos nacionales, LAZARI ha señalado que: “El Tribunal de Luxemburgo ha de tener en debida cuenta las dificultades conceptuales de los jueces nacionales si pretende ver aplicada su jurisprudencia. En esta óptica se explica la constante búsqueda de soluciones prudentes y sensibles a las disciplinas nacionales; se explica, asimismo, la labor comparativa y de síntesis de los jueces comunitarios. Se entiende, en última instancia, el fenómeno de *crossfertilization* judicial bien en la dirección que va desde las disciplinas nacionales hacia un principio único comunitario, pero sobre todo desde el principio común hacia los ordenamientos nacionales. En el caso del principio de responsabilidad, tal operación se complica considerablemente no sólo por la extrema variedad de modelos nacionales de responsabilidad de la administración, sino, en mayor medida, porque el paradigma comunitario contempla el supuesto de responsabilidad del legislador que en los sistemas nacionales no existe o es sólo un supuesto poco practicado. Es evidente y complejo el choque conceptual entre el paradigma nacional, donde la responsabilidad del legislador es muestra, al máximo, del principio de auto-limitación; y el paradigma conceptual comunitario, donde este principio es pieza fundamental del Estado de Derecho. Pero la distancia conceptual entre los dos paradigmas no impide que ellos terminen por avanzar mutuamente” (“La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: ‘el esquema de la crisis’”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 9, 2005, pp. 177 ss., p. 183).

Por otra parte, los profesores Hans-W. Micklitz (EUI) y Takis Tridimas (KCL) han supervisado un trabajo sobre la aplicación de la jurisprudencia *Francovich* por las cortes nacionales de 10 Estados miembros. Según esta investigación, si bien las cortes no se han opuesto a la aplicación de la jurisprudencia *Francovich*, todavía se encuentran luchando por integrar estas condiciones en sus leyes nacionales sobre la responsabilidad del Estado. Esta investigación realizada por VAN LEEUWEN, B. y CONDON, R. propone que la posibilidad de una demanda de responsabilidad incentiva el cumplimiento de la legislación de la UE, cual elemento disuasorio. Un hallazgo particularmente pertinente es que los criterios sustantivos de reparación adquieren “vida propia” una vez que son aplicados por las cortes a la luz de las categorías legales nacionales. En consecuencia, las cortes nacionales contribuyen en la determinación de la responsabilidad y no se limitan tan solo a aplicar la jurisprudencia europea. A estos efectos, véase: VAN LEEUWEN, B. y CONDON, R., *Bottom up or rock bottom harmonization? Francovich State liability in national courts*, European University Institute (EUI), Working Papers LAW, vol. 2015/03, Florencia, 2015.

4.4. La diferencia en la forma de lograr el *enforcement* privado del Derecho andino

Pese a la común contribución de los artículos 30 y 31 del TCTJCA al *enforcement* privado del Derecho andino, cabe advertir que entre ambas vías existen diferencias en la forma de lograrlo.

Como hemos dicho, la sentencia del TJCA declarativa del incumplimiento implica dos deberes del Estado: (i) cesar en el incumplimiento; y, (ii) eliminar sus consecuencias ilícitas, lo que incluye evidentemente la reparación de los perjuicios causados.

Estos efectos de la sentencia declarativa del incumplimiento son generales respecto de cualquier sentencia (y no solo respecto de las sentencias que tienen origen en una demanda de un particular ante el TJCA), por lo que “cualquier otro perjudicado” puede invocarla aunque no hubiese sido él (sino la SGCA, otro país miembro u otro particular) quien entabló la acción por incumplimiento ante el TJCA.

Si bien la determinación de la responsabilidad del Estado corresponde exclusivamente al juez nacional (artículos 30 y 31 del TCTJCA), en este punto cabe preguntarse: ¿en qué varía la situación del perjudicado que entabló la acción ante el TJCA (artículos 25 y 30 del TCTJCA) y la de “cualquier otro perjudicado” que no interpuso la acción ante el TJCA (artículo 31 del TCTJCA)?

En primer lugar, en el marco del artículo 30 del TCTJCA, la sentencia únicamente constituye título legal y suficiente para el particular —o el tercero coadyuvante de la parte demandante— que entabló la acción por incumplimiento ante el TJCA. En este supuesto, no es preciso que el juez nacional se pronuncie sobre la demostración de la afectación de derechos del particular, ni sobre la existencia del incumplimiento (ni mucho menos sobre su carácter flagrante) por mediar un pronunciamiento previo del TJCA sobre ambos aspectos.

Sin perjuicio de ello, a pesar que el TJCA haya constatado el incumplimiento en el caso concreto, ello no asegura que el juez nacional otorgue de manera automática una indemnización, puesto que previamente debe determinar la existencia del daño y si este

cumple el requisito del nexo causal directo con el incumplimiento declarado por el TJCA²⁸⁰.

Por otra parte, no es preciso que el juez nacional solicite una interpretación prejudicial, puesto que en la vía del artículo 30 del TCTJCA no se desarrolla un proceso interno en el que se interpreta, aplica o controvierte alguna normativa comunitaria. Efectivamente, el contenido y el alcance del ordenamiento jurídico andino, referido al caso concreto del incumplimiento, ya fueron declarados en la sentencia del TJCA. En este punto, recordemos el carácter legal y “suficiente” que tiene la sentencia del Tribunal Andino como título, de conformidad con el artículo 30 del TCTJCA; es decir, la sentencia del TJCA es apta e idónea para la reclamación reparatoria ante los jueces nacionales, limitándose estos a analizar la existencia del daño y del nexo causal directo.

En segundo lugar, en el marco del artículo 31 del TCTJCA, en el caso de “cualquier otro perjudicado” que no participó en la acción por incumplimiento ante el TJCA, a efectos de obtener la eventual reparación, el juez nacional tiene que constatar los siguientes requisitos sustantivos: (i) la demostración de la afectación de derechos del particular; (ii) la existencia de un incumplimiento cualificado (“incumplimiento flagrante”, como veremos más adelante); y, (iii) el nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño cuya indemnización se pretende.

Para estos efectos, el demandante en el marco del artículo 31 del TCTJCA puede invocar una sentencia en interpretación prejudicial o en acción por incumplimiento — aunque no hubiese sido él el demandante o coadyuvante de la acción por incumplimiento ante el TJCA—, lo que podría constituir un importante indicio probatorio del incumplimiento cualificado del Estado.

En suma, si el juez nacional constata la concurrencia de los tres requisitos sustantivos mencionados, el país miembro también debe indemnizar a estos “otros perjudicados”, por cuanto ha de reparar los perjuicios de su violación. En todo caso, como hemos visto, en el marco del artículo 31, el juez nacional sí se encuentra obligado a solicitar una interpretación prejudicial al TJCA cuando sea de única o última instancia

²⁸⁰ Cfr. SUÁREZ MEJÍAS, J. L., “El contencioso andino de la responsabilidad patrimonial de los Estados...”, *op. cit.*, p. 368.

ordinaria.

Tras analizar en qué varía la situación del perjudicado que entabló la acción por incumplimiento ante el TJCA (artículos 25 y 30 del TCTJCA) y la de “cualquier otro perjudicado” que no interpuso una previa acción ante el TJCA (artículo 31 del TCTJCA), cabría añadir otro tanto respecto de las diferencias entre ambas vías.

El artículo 30 del TCTJCA traza un camino más largo y gravoso para los particulares afectados, puesto que involucra varios tramos: una fase administrativa o precontenciosa ante la SGCA en Lima; una fase judicial internacional en acción por incumplimiento ante el TJCA en Quito; y, una fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento para hacer efectiva la sentencia del TJCA que constituye “título legal y suficiente” para solicitar la respectiva reparación.

Como se puede observar, para el particular que participa en la acción por incumplimiento, sea como demandante o coadyuvante, esta acción implica un proceso judicial internacional, si tomamos en cuenta que intervienen Estados —con un interés estatal— y órganos comunitarios —con un interés comunitario—, dando lugar a un cierto escenario político-diplomático-internacional.

Por su parte, el mecanismo del artículo 31 del TCTJCA únicamente necesita de una fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento para solicitar la respectiva reparación. Es, por tanto, mucho más célere. Al respecto, recordemos que en el asunto *Sofaven* el proceso judicial venezolano empezó el 2002 y culminó al año siguiente en el 2003 cuando el tribunal venezolano proclamó el derecho de Sofaven a obtener una indemnización a su favor. En cambio, la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento —motivada por la misma normativa nacional contraria al Derecho comunitario— dio inicio en el 2001, la fase judicial finalizó en el 2005 con la emisión de la sentencia del TJCA (Proceso 132-AI-2003), a lo que habría que sumarle la fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento para hacer efectiva la sentencia del TJCA.

A lo anterior se le añade que, en el marco del artículo 31, el particular únicamente actúa ante el tribunal nacional correspondiente, que le es necesariamente más próximo, y que lo hace de conformidad con las previsiones procesales del Derecho interno, con las cuales está más familiarizado.

En consecuencia, la vía del artículo 31 resulta más beneficiosa que la del artículo 30 del TCTJCA para el particular afectado en sus derechos por el incumplimiento de un país miembro.

Llegado a este punto, se podría diseñar y plantear una eventual estrategia jurídica para el particular afectado por un incumplimiento estatal, que le permitiera promover ambos mecanismos. Por un lado, podría poner el asunto en conocimiento de la SGCA y aportarle información al efecto como mero “denunciante” (y no como “reclamante”); la SGCA tendría entonces la facultad discrecional de abrir o no la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento, sin que el denunciante pueda acceder de manera directa al TJCA.

Ese mismo sujeto podría, por otra parte, impulsar la vía directa ante el juez nacional sobre la base del artículo 31 del TCTJCA, ello al margen que, de existir una sentencia condenatoria del Tribunal Andino, el Estado infractor deberá tomar las medidas necesarias para cesar su incumplimiento, so pena de ser objeto de las medidas de ejecución de sentencia autorizadas por el TJCA. En el evento que el procedimiento por incumplimiento sea más rápido y recaiga una sentencia condenatoria del Tribunal Andino cuando la acción ante el juez nacional esté pendiente, esta sentencia del TJCA facilitaría la calificación del incumplimiento como uno “flagrante”.

En este caso, según SUÁREZ MEJÍAS:

“[n]ada excluye el supuesto de que pueda intentar simultáneamente la acción judicial interna porque cuando es denunciante no es parte del procedimiento si es abierto y la Secretaría no tiene la obligación de abrirlo si no observa un hecho relevante para ello, es decir, puede actuar con discrecionalidad”²⁸¹.

²⁸¹ “La responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, p. 228.

Efectivamente, pueden haber acciones comunitaria y nacional paralelas, tal como sucedió en el asunto *Sofaven*, encontrándose los procesos ante el TJCA y ante el tribunal venezolano motivados por la misma normativa nacional de Venezuela sobre la base imponible del IVA²⁸².

De esta manera, el particular afectado podría —a través de una “denuncia” ante la SGCA o una queja ante su propio gobierno, tal como lo hizo la SIN del Perú— incitar la activación del *enforcement* público-comunitario (acción por incumplimiento), a la par que activa *motu proprio* el *enforcement* privado-nacional (acción judicial interna por indemnización de daños y perjuicios en el marco del artículo 31) en contra del Estado infractor.

²⁸² El artículo 25 del TCTJCA establece que “La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, *por la misma causa*” (el énfasis es nuestro).

CAPÍTULO III

LOS REQUISITOS SUSTANTIVOS EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 31 DEL TCTJCA PARA COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA CAN: UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

En el Capítulo II hemos estudiado los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA. En este tercer capítulo vamos a analizar los requisitos sustantivos en el marco del artículo 31 del TCTJCA para comprometer la responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho de la CAN, prestando especial atención a la afectación de derechos de los particulares y a la existencia de un “incumplimiento flagrante”. Este último concepto obliga a considerar el sistema de fuentes de la CAN para determinar si sus instrumentos y disposiciones dejan o no margen de apreciación a los países miembros.

1. Los requisitos sustantivos en el marco del artículo 31 del TCTJCA para comprometer la responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho de la CAN

Hasta el momento, en la CAN, tanto las condiciones sustantivas como las procesales para la acción de responsabilidad están determinadas por los ordenamientos internos de los países miembros. Es decir, no se ha formado aún una jurisprudencia o una doctrina comunitaria sobre la materia, que permita un “estándar mínimo común”, de manera que se armonice el régimen de responsabilidad de los países miembros por incumplimiento del Derecho comunitario, “que hasta ahora”, según ha señalado SUÁREZ MEJÍAS, “se ha nutrido exclusivamente de la teoría de la responsabilidad extracontractual civil, sin ningún agregado del Derecho comunitario”²⁸³.

Sobre este punto, el autor citado ha destacado que:

“Todavía en la CAN cada acción de responsabilidad estará sometida a las condiciones que dispongan los ordenamientos jurídicos internos, tanto desde el

²⁸³ SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *Integración y supranacionalidad...*, op. cit., p. 399.

punto de vista sustantivo como el procesal, por lo que no estaría mal que se apliquen en el ámbito andino las concepciones que se han elaborado en Europa para garantizar a los particulares un mínimo de resguardo frente a los incumplimientos de los Estados miembros, desde la óptica de los intereses individuales, porque ya hemos visto que respecto a la salvaguarda de los intereses comunitarios hay vías administrativas y judiciales muy bien elaboradas tomando el modelo europeo”²⁸⁴.

En efecto, ni el TJCA ni la doctrina han analizado los aspectos relevantes que pueden existir en un eventual régimen comunitario andino de responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho comunitario.

En la presente investigación, tomando como apoyo y referencia ineludible la jurisprudencia y la doctrina europea, se pretenden esbozar, a modo de propuesta, los criterios básicos que regirían en el marco del artículo 31 del TCTJCA.

El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho comunitario²⁸⁵ se aplica a cualquier incumplimiento, con independencia del órgano estatal materialmente autor (administrativo, legislativo o judicial). Sobre este principio de la jurisprudencia europea se pueden deducir los siguientes requisitos

²⁸⁴ Ídem.

²⁸⁵ En el ámbito europeo, sobre el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario, véanse: ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997; CÓRDOBA CASTROVERDE, D., “La cuestión prejudicial y la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario”, en R. Alonso García y J.I. Ugartemendia, *La cuestión prejudicial europea*, European Inkings (EUi), N° 4, IVAP, Oñate, 2014, pp. 142 ss.; GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001 y “La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea”, en la obra colectiva, dirigida por BENEYTO y coordinada por MAILLO y BECERRIL, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, tomo V, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 427 ss.; JANER TORRENS, J. D., *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit.; LOCK, T., “Is Private Enforcement of EU Law...”, op. cit., pp. 1675-1702; MUÑOZ MACHADO, S., “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, en la obra colectiva, dirigida por G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 133 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, M. C., *La responsabilidad patrimonial del Estado...*, op. cit.; TRIDIMAS, T., “Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?”, *Common Market Law Review*, N° 2, 2001, pp. 301-332; VAN GERVEN, W., “Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Law after Francovich and Brasserie”, *International & Comparative Law Quarterly*, N° 3, 1996, pp. 507-544.

sustantivos²⁸⁶:

- (i) El incumplimiento tiene por objeto cualquier instrumento o disposición del Derecho comunitario (sea originario o derivado, sea o no de directa aplicación), que venga a atribuir derechos a los particulares.
- (ii) El incumplimiento del Derecho comunitario —que puede ser tanto por acción como por omisión del Estado— debe constituir una “violación suficientemente caracterizada”²⁸⁷. A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario. La existencia del margen de apreciación de los Estados miembros es uno de los indicios que el juez nacional debe tomar en consideración al valorar si concurre o no una “violación suficientemente caracterizada”²⁸⁸; es decir, no basta la ausencia de margen de apreciación, sino que, además, debe concurrir la claridad, la precisión y la incondicionalidad de la disposición en cuestión. En el caso de un incumplimiento por parte del Estado-juez se exige un estándar aún más

²⁸⁶ Para COBREROS MENDAZONA, “estos tres requisitos, tal y como han sido acuñados, son *ius cogens* para las autoridades estatales” (“La exigibilidad del...”, *op. cit.*, p. 12).

²⁸⁷ Sobre el requisito de la “violación suficientemente caracterizada”, véase *Ibidem*, pp. 11-59.

²⁸⁸ Sobre el margen de apreciación, MARTÍN RODRÍGUEZ ha señalado que: “[s]e destaca un régimen de naturaleza objetiva cuando del tenor del acto no se deriva ningún margen de apreciación y, por tanto, la mera infracción genera la responsabilidad del Estado, mientras que la presencia de ese margen de apreciación da lugar a un régimen de corte más subjetivo o penalista y exige que se produzca esa inobservancia grave y manifiesta (casi intencional) para comprometer al Estado” (“La responsabilidad del Estado...”, *op. cit.*, p. 855).

Según NICOLÁS LUCAS, cuando la autoridad nacional disponga de un margen de apreciación en el ejercicio de sus competencias, no bastará una simple vulneración del ordenamiento comunitario, sino que debe concurrir una inobservancia manifiesta y grave *de ese margen de apreciación* con que cuenta el Estado miembro a la hora de cumplir el Derecho comunitario (Cfr. “La incidencia en la práctica española del principio de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho comunitario”, *Revista de administración pública*, N° 168, 2005, pp. 351-380, p. 362).

severo²⁸⁹.

- (iii) Debe existir un nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño cuya reparación se pretende.

Como ya hemos dicho, este régimen comunitario “se configura como un auténtico estándar mínimo, que no tiene que ser aplicado en todo caso, sino ante la insuficiencia del régimen propio del Estado de que se trate”²⁹⁰.

Esto es, los Estados pueden dotarse de su propio sistema de responsabilidad, puesto que el régimen comunitario opera como un mínimo de indispensable cumplimiento, “la aplicación mayoritaria —la función de base— vendría desempeñada por los regímenes internos (...) El régimen comunitario solo intervendría en los casos de mayor gravedad cuando el sistema nacional falla o es demasiado exigente a la luz del principio de efectividad”²⁹¹. Dicho en otras palabras, el régimen comunitario no sería aplicable si la normativa interna fuera más favorable y “generosa”²⁹² para el particular.

El Tribunal de Justicia de la AELC (o EFTA, según sus siglas en inglés) ha recogido también el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracciones del Derecho del Espacio Económico Europeo (EEE), justificando ello con el principio de homogeneidad, así como con el objetivo del Acuerdo EEE de garantizar a los individuos y a los operadores económicos una igualdad de trato y las mismas oportunidades²⁹³.

²⁸⁹ Sobre la responsabilidad de las cortes nacionales, véanse: COBREROS MENDAZONA, E., “Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira da Silva”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 58, Abril – Junio 2016, pp. 83 ss.; DI COMITÉ, V., “El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el Derecho italiano”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año N° 18, N° 47, 2014, pp. 49 ss.; MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “La responsabilidad del Estado...”, *op. cit.*, pp. 829 ss. y “Sentencia de 13.06.2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03 ¿Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario imputable a los Órganos Judiciales de última instancia?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año N° 10, N° 25, 2006, pp. 1017 ss.

²⁹⁰ NICOLÁS LUCAS, M. A., “La incidencia en la práctica española...”, *op. cit.*, p. 358.

²⁹¹ MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “La responsabilidad del Estado...”, *op. cit.*, p. 852.

²⁹² COBREROS MENDAZONA, E., “La exigibilidad del...”, *op. cit.*, p. 35.

²⁹³ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de la AELC de 10.12.1998, as. *Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland*, E-9/97, apartado 62; de 30.5.2002, as. *Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State*, E-4/01, apartado 25; y, de 20.6.2008, as. *Celina Nguyen v Staten v/Justis- og politidepartementet*, E-8/07, apartado 31.

Siguiendo la tendencia que marca el artículo 6 del Acuerdo EEE²⁹⁴ a trasladar a este marco la jurisprudencia del TJUE, en el seno de la AELC, se exige también que la violación del Derecho comunitario sea una “suficientemente caracterizada”, en el bien entendido de que la discrecionalidad es un indicio especialmente relevante que debe tomarse en consideración. En efecto, para el Tribunal de Justicia de la AELC “[l]a *discrecionalidad del Estado miembro* de la AELC (...) es un criterio importante para determinar si se ha producido una *violación suficientemente caracterizada*”²⁹⁵ (el énfasis es nuestro).

Después del Tribunal de Justicia de la AELC, el Tribunal Andino podría ser la segunda corte internacional en acoger (no ya el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros derivada del incumplimiento, que consagra el Derecho originario andino, sino) los criterios del TJUE en esta materia.

Con ello se evitaría que la heterogeneidad de los ordenamientos internos de los países miembros ponga en peligro la uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario.

Al respecto, cabe precisar que, en el único precedente jurisprudencial habido (asunto *Sofaven*), el tribunal venezolano no solicitó interpretación prejudicial

²⁹⁴ Artículo 6.- Sin perjuicio de la evolución futura de la jurisprudencia las disposiciones del presente Acuerdo, en la medida en que sean idénticas en sustancia a las normas correspondientes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de los actos adoptados en aplicación de estos dos tratados, se interpretarán, en su ejecución y aplicación, de conformidad con las resoluciones pertinentes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictadas con anterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo.

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la AELC de 11.12.2012, as. *HOB-vín ehf. v The State Alcohol and Tobacco Company of Iceland (ÁTVR)*, E-2/12, pp. 22-24. En dicha sentencia, el Tribunal declaró lo siguiente:

“(...) An EFTA State may be held responsible for breaches of its obligations under EEA law when three conditions are met: firstly, the rule of law infringed must be intended to confer rights on individuals and economic operators; secondly, the breach must be sufficiently serious; and, thirdly, there must be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the State and the damage sustained by the injured party. (...) As regards the condition that the breach must be sufficiently serious, it follows from the Court’s case law that this depends on whether, in the exercise of its legislative powers, an EFTA State has manifestly and gravely disregarded the limits on the exercise of its powers, the factors to be taken into consideration in this connection being, inter alia, the degree of clarity and precision of the rule infringed and the measure of discretion left by that rule to the national authorities. (...) If, however, the EFTA State was not called upon to make any legislative choices and it had only limited or even no discretion, the mere infringement of EEA law may be sufficient to establish the existence of a sufficiently serious breach. It follows that the EFTA State’s discretion, which is broadly dependent on the degree of clarity and precision of the rule infringed, is an important criterion when determining whether there has been a sufficiently serious breach of EEA law. (...)”.

facultativa, ni barajó ningún tipo de requisito y, en su lugar, aplicó el régimen nacional asimilable en Derecho administrativo a la responsabilidad extracontractual del Estado por actos o por hechos de la administración, sin entender o sin pretender que fueran también requisitos del sistema de la CAN.

Nuestra propuesta es que los requisitos sustantivos para comprometer la responsabilidad patrimonial de los países de la CAN en el marco del artículo 31 del TCTJCA sean: (i) la afectación de derechos de los particulares; (ii) la existencia de un “incumplimiento flagrante” (artículo 24 de la Decisión 623 ‘Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento’), el cual es el equivalente andino del concepto europeo de la “violación suficientemente caracterizada”; y, (iii) el nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño.

En la presente tesis nos enfocaremos, especialmente, en los requisitos de la afectación de derechos de los particulares y de la existencia de un “incumplimiento flagrante”. Respecto del tercer requisito del nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño, “es un principio general en materia de responsabilidad extracontractual que tal relación o nexo debe producirse”²⁹⁶.

Al respecto, baste señalar que la valoración del nexo causal directo queda en manos exclusivas de los jueces nacionales, porque sobre este aspecto no opera el auxilio del TJCA vía cuestión prejudicial. Son los jueces nacionales quienes deberán determinar que se trata de una relación de causalidad directa, inmediata y cierta²⁹⁷. De ahí que, cualquier elemento que se interponga entre la infracción y el daño será suficiente para excluir la responsabilidad. El nexo causal puede considerarse interrumpido por el comportamiento del particular afectado: si no ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio o si no ha utilizado los remedios jurisdiccionales que tenía a su alcance para evitar el daño. En cambio, no pueden provocar la ruptura del nexo causal, la intervención de un tercero, autoridad pública o particular, o la concurrencia de circunstancias imprevisibles.

²⁹⁶ SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *Integración y Supranacionalidad...*, op. cit., p. 397.

²⁹⁷ STJCE de 15.1.1987, as. *G.A.E.C. c. Consejo y Comisión*, 253/84.

A continuación, se procederá al análisis de las dos primeras condiciones sustantivas comunes.

1.1. La afectación de derechos de los particulares

Respecto del régimen de responsabilidad patrimonial para los particulares que no interpusieron una previa acción por incumplimiento ante el Tribunal Andino, el artículo 31 del TCTJCA prescribe expresamente que será de aplicación “en los casos en que *sus derechos resulten afectados* por dicho incumplimiento” (énfasis añadido).

Este requisito opera en el artículo 30 del TCTJCA con carácter previo, en el sentido de que solo el particular cuyos derechos hayan sido violados podrá acudir al TJCA en una acción por incumplimiento. El artículo 49 literal b) del ETJCA prescribe como requisitos específicos de la demanda en acción por incumplimiento “las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado *afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos*” (el énfasis es nuestro).

Sin embargo, cuando el artículo 25 del TCTJCA contempla la interposición de una acción por incumplimiento ante el Tribunal Andino se refiere a “Las personas naturales o jurídicas *afectadas en sus derechos* por el incumplimiento de un país miembro” (énfasis añadido), excluyendo el concepto de “intereses legítimos” determinado en el artículo 49 literal b) del ETJCA.

En consecuencia, el citado artículo 49 literal b) del ETJCA incluye (indebidamente) a los particulares afectados en sus “intereses legítimos”, cuando, en realidad, para poder incoar la acción por incumplimiento el Tratado exige la afectación en sus “derechos” (artículo 25 del TCTJCA).

Sobre esta zona gris, la jurisprudencia andina ha sido enérgica al establecer que la acción por incumplimiento requiere como condición la afectación de un derecho subjetivo —y no solo de un interés legítimo—, debido a la prevalencia jerárquica del TCTJCA sobre el ETJCA:

“[e]l actor no se afirma titular de un derecho subjetivo sino de un interés legítimo, suficiente para ejercer la acción de nulidad, pero no bastante para ejercer la de incumplimiento (...) Que, por otra parte, el Estatuto del Tribunal, al disciplinar los requisitos adicionales de la demanda en la acción de nulidad (artículo 48, literal) y en la de incumplimiento (artículo 49, literal b), exige en ambos casos el mismo requisito probatorio de la afectación de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos del actor, como si el ejercicio de ambas acciones se hallase sujeto a las mismas condiciones, siendo así que el Tratado de Creación del Tribunal las diferencia nítidamente en sus artículos 19 y 25, por lo que, tratándose el Estatuto de una norma derivada o secundaria frente a la norma fundamental o primaria del Tratado, ésta debe primar sobre aquélla y aplicarse obligatoriamente con preferencia (...)”²⁹⁸.

Al efecto, el Tribunal Andino realizó una distinción tripartita entre “titulares de derechos subjetivos”, “interesados legítimos” y “simples interesados”²⁹⁹, enfatizando que para incoar una acción por incumplimiento se requiere la afectación de “derechos subjetivos”³⁰⁰.

²⁹⁸ Auto de 29.5.2002, Proceso 75-AI-2001, p. 3.

²⁹⁹ El TJCA señaló que: “[l]a habilitación para intentar demandas está conectada con tres situaciones procesales básicas: la de los titulares de derechos subjetivos (de índole civil o administrativa), la de los interesados legítimos y la de los simples interesados, situaciones que van escalonadas en un orden progresivo de amplitud, siendo la más restringida la primera y de máxima extensión la de los simples interesados. Es así mismo esa la terminología generalmente admitida que acoge el también artículo 19 del Tratado de Cochabamba (...) La referida distinción descansa en la que correlativamente existe entre las fuentes de las cuales tales situaciones jurídico-procesales emanan, a saber: las normas de relación en el caso de los derechos subjetivos; y las de acción, origen estas últimas de los intereses legítimos y soporte igualmente de la correspondiente al simple interesado. (...) se entiende por derecho subjetivo un “poder de exigir condicionado por la existencia de una obligación jurídica, establecida en interés de un sujeto activo y en contra de un sujeto pasivo” (STJCA de 17.8.1998, Proceso 4-AN-97, pp. 11-12).

³⁰⁰ El TJCA ha precisado que: “[Q]ue de conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del país miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél; Que, a diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del país miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho (...)”. Véase la STJCA de 23.1.2008, Proceso 3-AI-2006, pp. 22-23. Citando el criterio esgrimido en la STJCA de 29.5.2002, Proceso 71-AI-2001.

Por lo tanto, para ambos mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA se requiere, antes o después, la afectación de derechos subjetivos, no bastando la de intereses legítimos. Derechos subjetivos, entiéndase bien, atribuidos por la norma comunitaria.

En palabras de SUÁREZ MEJÍAS:

“[p]uede observarse la necesidad de la presencia de tales derechos conferidos por la norma comunitaria infringida para que se configure la responsabilidad patrimonial aludida, ya aparezcan denominados como derechos en el sentido estricto, ya como garantía como en *Francovich*, o como prerrogativa como en *British Telecommunications*”³⁰¹.

En el ámbito europeo, según el Abogado General TESAURO, para lograr el objetivo de proteger todas las posiciones jurídicas individuales tuteladas por el Derecho comunitario —sea que se llamen derechos, garantías o prerrogativas— se debe determinar previamente la posición jurídica subjetiva, cuya violación pueda dar lugar a una indemnización³⁰².

El particular afectado se debe identificar como el titular de los derechos otorgados por la disposición vulnerada. No obstante, tampoco será necesario que se realice una atribución directa de derechos, pues, para que pueda aplicarse el principio de responsabilidad, estos derechos pueden derivar también de las obligaciones establecidas por las disposiciones comunitarias a cargo de terceros³⁰³.

Adicionalmente, cabe indicar que el principio de responsabilidad patrimonial no se encuentra ligado al principio del efecto directo, pues, como ha enfatizado JANER TORRENS, ambos se configuran como principios autónomos³⁰⁴. En otras palabras, si bien toda norma comunitaria con efecto directo tendrá por objeto la atribución de derechos a los particulares, no todas las normas comunitarias que tengan tal propósito

³⁰¹ “La responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, p. 219.

³⁰² Véanse las Conclusiones presentadas en la STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93.

³⁰³ Cfr. TRIDIMAS, T., *The General principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999, p. 151.

³⁰⁴ Cfr. *La responsabilidad patrimonial...*, *op. cit.*, pp. 152-154.

gozarán, necesariamente, de efecto directo³⁰⁵. Sobre este punto, el TJUE ha entendido que la responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de Directivas surgía con independencia de que la disposición infringida tuviere o no efecto directo. Lo realmente importante es que la Directiva en cuestión atribuya derechos que se integren en el patrimonio jurídico personal del particular afectado.

1.2. La existencia de un “incumplimiento flagrante”

El requisito de la existencia de un “incumplimiento flagrante” es el menos evidente.

En un primer momento, veremos que en el marco del artículo 31 del TCTJCA no basta cualquier incumplimiento para comprometer la responsabilidad patrimonial de un país miembro (1.2.1); posteriormente, analizaremos la cuestión del margen de apreciación (1.2.2); para, finalmente, referirnos al concepto del “incumplimiento flagrante” que proponemos como equivalente en el sistema de la CAN a la noción de “violación suficientemente caracterizada” que opera en el sistema de la UE.

1.2.1. La necesidad de un incumplimiento cualificado del Derecho andino

El Tribunal de Luxemburgo decidió que no basta “cualquier incumplimiento” del Derecho comunitario para determinar la responsabilidad del Estado, por el contrario, debe tratarse de una “violación suficientemente caracterizada”, ello en razón del amplio margen de apreciación que pueden tener los Estados miembros en la aplicación y ejecución de las políticas comunitarias.

Tomando en consideración el sistema europeo, se observa que el recurso por incumplimiento ante el TJUE cabe ante *cualquier violación* del Derecho europeo, mientras que las acciones reparatorias ante los jueces nacionales solo proceden ante violaciones que merecen la consideración de “suficientemente caracterizadas”; es decir, según la jurisprudencia del TJUE se debe probar una violación que implique una

³⁰⁵ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M. C., *La responsabilidad patrimonial del Estado...*, op. cit., p. 544.

inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación por parte de un Estado miembro.

Del contenido y alcance de la norma que configure el derecho, dependerá la calificación o no de la infracción como “violación suficientemente caracterizada”, que se entenderá sin más producida cuando el país miembro no cuente con margen de apreciación, “margen a su vez íntimamente ligado por el Tribunal de Justicia al carácter claro, preciso e incondicional de la norma infringida”³⁰⁶.

La infracción de una obligación absolutamente clara, precisa, incondicional e inequívocamente reglada “se identificará —eso sí *per se*— como una violación suficientemente caracterizada (*id est*, grave y manifiesta) del Derecho comunitario”³⁰⁷, lo que acontece cuando el país miembro no cuenta con margen de apreciación y conoce perfectamente la obligación comunitaria que debe cumplir.

La regla general es que si se cumplen los requisitos de claridad, precisión e incondicionalidad ello implicará, en principio, la calificación de la infracción como violación suficientemente caracterizada³⁰⁸. En esa misma línea, HILSON destaca que dos son los criterios especialmente importantes: a) la claridad y precisión de la disposición infringida; y, b) el grado de discreción que se otorgue a las autoridades nacionales³⁰⁹.

Particularmente, la sentencia *Brasserie du Pêcheur* advierte que se tome en cuenta “el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias”³¹⁰.

En todo caso, el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave por parte de un Estado miembro de los límites impuestos a su margen de

³⁰⁶ ALONSO GARCÍA, R., *La Responsabilidad de los Estados...*, op. cit., p. 72.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 77.

³⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 78-79.

³⁰⁹ Cfr. “Liability of Member States in damages: the place of discretion”, *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 941 ss., p. 945. Además, del mismo autor: “The role of discretion in EC law on non-contractual liability”, *Common Market Law Review*, 2005, pp. 677 ss.

³¹⁰ STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur vs. Bundesrepublik Deutschland*, C-46/93 y C-48/93, apartado 56.

apreciación.

Sumado a ello, según la citada sentencia *Brasserie du Pêcheur*, existen “otros elementos adicionales” que el órgano jurisdiccional competente podría considerar: “el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario”³¹¹.

Sin embargo, esta lista de conductas enunciadas por el TJUE no es *numerus clausus*, por el contrario, es abierta y en ella solo se pretenden aportar otros elementos adicionales de juicio o de valor que sirvan a los jueces nacionales para apreciar si, en efecto, se ha producido una violación especialmente cualificada del Derecho comunitario en el caso concreto³¹².

Respecto de la posición tomada por el Tribunal de Luxemburgo, un sector importante de la doctrina europea ha criticado la adopción de la figura de la “violación suficientemente caracterizada”. Según esta posición, si existe un daño por infracción del Derecho comunitario y el mismo se encuentra debidamente probado, la consecuencia lógica sería que dicho daño sea reparado por el país infractor y sin limitación alguna.

En efecto, para JANER TORRENS:

“[e]l concepto de violación suficientemente caracterizada es un término excesivamente estricto que puede condicionar las demandas de indemnización (...). Ese plus exigido en la violación del Derecho comunitario (...) no solo es desconocido en los ordenamientos internos de los países (...), sino que se trata de un concepto que limita de forma excesiva la pretendida tutela de los derechos subjetivos de los particulares. En ese sentido, sería deseable que su exigencia, en consonancia con lo previsto en los regímenes nacionales de responsabilidad, fuese sustituida por el simple requisito de la mera ilegalidad, esto es, del simple

³¹¹ Ídem.

³¹² Cfr. JANER TORRENS, J. D., *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., p. 241.

incumplimiento del Derecho comunitario”³¹³.

Además, MARTÍN RODRÍGUEZ coincide con ABOUDRAR-RAVANEL³¹⁴ en su crítica al subjetivismo del concepto de la “violación suficientemente caracterizada”, de la siguiente manera:

“El subjetivismo que impregna la noción de violación suficientemente caracterizada implica `el paso de una concepción objetiva de la responsabilidad, tendente exclusivamente a la reparación de los daños sufridos por el particular, a una concepción teñida de subjetividad [que] inicia un deslizamiento de una problemática de la reparación a una problemática de la sanción’ (...) Nuestro propósito es mostrar las consecuencias que tiene sobre la coherencia del sistema, el hecho de que el Tribunal incluya en el presunto componente objetivo de la responsabilidad elementos, que él mismo reconoce subjetivos, como son el carácter intencional o involuntario del comportamiento del órgano o la excusabilidad del error de derecho, o que, incluso, analice la relevancia del comportamiento de la víctima —el llamado *mitigation principle*— o de terceros (en particular, de las instituciones comunitarias), cuya pertinencia bien podría encontrarse, ya en el nexo de causalidad, ya en la institución de la concurrencia de culpas. (...) el Tribunal ha conseguido mediante la afirmación de un único concepto (la violación suficientemente caracterizada) diseñar distintos sistemas de responsabilidad”³¹⁵.

³¹³ Ibídem, p. 251. La posición de JANER TORRENS es compartida por: GÓMEZ VARELA, C. V., “La responsabilidad patrimonial del Estado ante los particulares por infracción del Derecho comunitario europeo”, *Revista Letras Jurídicas*, N° 3, Universidad de Guadalajara, 2006, pp. 1 ss., pp. 28-30.

³¹⁴ ABOUDRAR-RAVANEL, S., “Responsabilité et primauté, ou la question de l'efficace de l'outil”, *RMCUE*, N° 431, 1999, pp. 546 ss., cita en p. 550. Citado por MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “La responsabilidad del Estado...”, *op. cit.*, p. 848.

³¹⁵ Ibídem, pp. 848-849 y 855. Sumado a ello, MARTÍN RODRÍGUEZ critica el régimen de responsabilidad, cuya “apariencia de sistema” esconde, según él, zonas muy oscuras que pueden implicar una menor protección de los particulares. El autor es muy crítico de la jurisprudencia del TJUE y, al efecto, hace un desarrollo de las debilidades del régimen de responsabilidad de los Estados en el Derecho comunitario. Según el autor, no existe una verdadera concepción de la responsabilidad de los Estados que permita afirmar su carácter “inherente al sistema del tratado”; su instrumentación jurídica no permite asegurar el cumplimiento de las funciones asignadas; el régimen de responsabilidad del Estado carece de una naturaleza clara y mantiene “una falsa apariencia de objetividad”, concluyendo que el régimen de responsabilidad resultante de la jurisprudencia del TJUE es unitario únicamente en apariencia (Ibídem, pp. 829 ss.).

Por su parte, el Abogado General LÉGER caracterizó el sistema de la responsabilidad —*ex* artículo 340 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) en materia de responsabilidad extracontractual de la UE— como “insatisfactorio, demasiado riguroso e insuficientemente protector del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo”³¹⁶. En esa misma línea, el Abogado General TESAURO criticó que:

“[e]sta jurisprudencia estableció requisitos tan restrictivos, especialmente en relación con la ilegalidad del comportamiento imputable a las Instituciones, que dificulta extraordinariamente la condena de una Institución comunitaria a la indemnización del daño”³¹⁷.

LIÑÁN y MANGAS han considerado que el régimen de responsabilidad resultante de la jurisprudencia del TJUE “ha acentuado su carácter restrictivo para los particulares y ha inmunizado, en buena medida, la actividad legislativa comunitaria contra posibles acciones indemnizatorias”³¹⁸.

En vista de este panorama, nuestra hipótesis consiste, como se ha adelantado, en reclamar también un incumplimiento cualificado del Derecho de la CAN en el marco del artículo 31 del TCTJCA —rechazando que *cualquier violación* del Derecho comunitario pueda dar lugar a esta misma consecuencia jurídica—, debido a que el amplio margen de apreciación nacional de los Estados juega un rol indiscutible, como veremos a continuación.

1.2.2. La cuestión del margen de apreciación de los países miembros de la CAN y la exigencia de un incumplimiento cualificado

Para empezar, el concepto del “margen de apreciación” de los Estados es ampliamente utilizado por varias cortes internacionales y se identifica con el ámbito de deferencia que los órganos internacionales deben reconocer a los órganos nacionales (administrativos, legislativos y judiciales) en el cumplimiento de las obligaciones que se

³¹⁶ Conclusiones presentadas el 20.6.1995 en el as. *Hedley Lomas*, C-5/94.

³¹⁷ Conclusiones presentadas el 28.11.1995 en el as. *Brasserie du Pêcheur*, apartado 63.

³¹⁸ *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 474.

derivan de los instrumentos internacionales³¹⁹. El margen de apreciación es el espacio de actuación y de maniobrabilidad que se deja a los Estados.

Así las cosas, la discrecionalidad debe entenderse como un ámbito de libertad estimativa o electiva entre alternativas igualmente justas o indiferentes jurídicamente. Esto es, existe una pluralidad de soluciones posibles entre las cuales la autoridad puede elegir con libertad, conforme al supuesto de que en principio para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables³²⁰.

La discrecionalidad implica un previo discernimiento al actuar, ponderando las circunstancias de modo, tiempo y lugar para que se pueda tomar luego una determinación consciente en uno u otro sentido y con ello escoger entre un rango de soluciones igualmente válidas y viables para el Derecho, pero siempre ajustada al raciocinio previo sobre cada caso concreto. Lo contrario, devendría a ser un acto arbitrario³²¹.

A este respecto, los principios generales del Derecho brindan criterios que habrán de tenerse en cuenta al apreciar las actuaciones discrecionales. Esta técnica de control de las facultades discrecionales parte de la premisa de que, por amplio que sea el margen de apreciación, la autoridad nunca podrá sobrepasar la delgada línea que separa una actuación discrecional de una arbitraria, la cual se encuentra formalmente prohibida³²². Es evidente que un efectivo control de las actuaciones discrecionales no podrá conseguirse si quien debe contrastar tales actuaciones con los principios generales del Derecho es la propia autoridad titular de las facultades discrecionales³²³.

³¹⁹ Véanse a título de referencia general: KRATOCHVÍL, J., “The inflation of the margin of appreciation by the european court of human rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, pp. 324 ss.; y, GREER, S., “The margin of appreciation: interpretation and discretion under the european convention on human rights”, *Human rights files*, N° 17, Council of Europe Publishing, Strasbourg, July 2000, pp. 58 ss.

³²⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Novena edición, Civitas, Madrid, 1999, p. 468.

³²¹ Cfr. DE VEGA PINZÓN, G., “La discrecionalidad administrativa”, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, VIDAL PERDOMO, J., DÍAZ PERILLA, V. y AMPARO RODRÍGUEZ, G. (Dirs.), Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 145 ss., p. 151.

³²² El artículo 9.3 de la Constitución Española prescribe: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

³²³ Cfr. ALAMILLA RAMOS, F., “La aplicación efectiva del Derecho comunitario”, *Derecho Supranacional, Globalización e Integración Jurídica*, Porrúa, México, 2012, pp. 327 ss., pp. 338-339.

Según DELMAS-MARTY, utilizando con prudencia un “derecho a la diferencia”, el “margen nacional de apreciación” permite el pluralismo —por la flexibilidad que introduce— y es un instrumento indispensable para una integración política y económicamente aceptable. Sin embargo, la integración solo será efectiva si la amplitud de dicho margen es controlada por un órgano con capacidad para sancionar las diferencias que se consideren incompatibles con el objetivo de la integración³²⁴. A falta de este control, el margen nacional de apreciación podría conducir a un pluralismo de yuxtaposición que tiende a la negación de la idea misma de integración jurídica. Para resolver la paradoja que consiste en pretender al mismo tiempo favorecer la integración y preservar las diferencias, se debe “ordenar” el pluralismo. La noción de margen de apreciación debe ser entendida no solo como un derecho a la diferencia para cada Estado, sino también como un límite que no debe ser sobrepasado, un “umbral de compatibilidad”, establecido y controlado (como en Europa) por un juez supranacional³²⁵.

De acuerdo con los antecedentes históricos, el concepto del margen de apreciación fue desarrollado por primera vez por el Consejo de Estado francés (1912)³²⁶, por lo que su origen se ubica en el ámbito del Derecho nacional, más específicamente, en el Derecho administrativo.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA, la discrecionalidad administrativa es el tema central del Derecho administrativo³²⁷. Por su parte, SCHWARTZ lo expresaba duramente así: “Verdaderamente, ¿de qué trata el Derecho administrativo si no es del control de la discrecionalidad?”³²⁸. En esa misma línea, HUBER ha afirmado que: “El poder discrecional es el verdadero Caballo de Troya en el seno del Derecho administrativo de un Estado de derecho”³²⁹.

³²⁴ Cfr. *Critique de l'intégration normative: L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Puf, Paris, 2004, pp. 13-23.

³²⁵ Ídem.

³²⁶ Cfr. PEREDO ROJAS, M., “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés y del Tribunal Constitucional Alemán”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 11, N° 2, 2013, pp. 47 ss., p. 51.

³²⁷ Cfr. *Democracia, jueces y control de la administración*, Quinta edición, Civitas, Madrid, p. 31.

³²⁸ *Administrative Law*, Segunda edición, Little, Brown and Company, Boston y Toronto, p. 611.

³²⁹ Citado en: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Tercera edición, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1983, p. 24.

Posteriormente, la jurisprudencia internacional relativa al margen de apreciación se formó en materia de derechos humanos y su autoría corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³³⁰, cuya labor se vio propiciada por la legitimidad activa (*ius standi*) reconocida a los particulares. Los denunciantes de violaciones de derechos humanos pueden interponer recurso contra los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) ante esta corte, la cual protege de forma subsidiaria los derechos enunciados en el Convenio, examinando la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas de restricción tomadas por el Estado demandado.

La doctrina del margen de apreciación, en síntesis, permite un rango de discrecionalidad a los Estados de forma que puedan cumplir los estándares referentes a los derechos humanos en un contexto nacional y cultural específico, tal como sucedió, por ejemplo, en el caso de los crucifijos en las escuelas públicas de Italia (*Lautsi I y II*)³³¹. En dicha oportunidad, la Gran Sala del TEDH afirmó que no le correspondía establecer qué constituye un símbolo nacional o un símbolo religioso en un Estado como Italia, puesto que esta determinación entra dentro del margen de apreciación de los propios Estados partes.

Esta relación entre los órganos jurisdiccionales internacionales de supervisión de los tratados y las autoridades nacionales ha tenido una amplia difusión no solo en el tema de los derechos humanos, sino también en la Corte Internacional de Justicia (CIJ)³³², en la OMC³³³, así como en el ámbito comunitario a través del TJUE.

En palabras de SHANY, esta progresiva difusión en los procesos de adjudicación de otros foros internacionales ha permitido incluso que algunos estudios recientes exploren la posibilidad de identificar en ella “una doctrina general del Derecho

³³⁰ Sentencia del TEDH de 10.3.1972, as. *De Wilde*.

³³¹ Para un mayor detalle, véase: NARANJO DE LA CRUZ, R., “Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, N° 86, enero-abril 2013, pp. 81 ss.

³³² Ver las sentencias de la CIJ de 6.11.2003, as. *Plataformas petroleras*; de 31.3.2004, as. *Avena*; y, la opinión de 9.7.2004, as. *Muro en el territorio palestino ocupado*.

³³³ Para un mayor detalle, véase: CROLEY, S. y JACKSON, J., “WTO Dispute Procedures, Standards of Review, and Deference to National Governments”, *American Journal of International Law*, N° 90/2, 1996, pp. 193 ss.

internacional que incluye el concepto de margen de apreciación”³³⁴.

Hoy por hoy, tal vez nos encontremos ante la cristalización de un principio común del Derecho internacional que sería de aplicación por todas las jurisdicciones internacionales que revisan actuaciones de los Estados o de los órganos depositarios de parte de la soberanía. Según NÚÑEZ POBLETE, este fenómeno corresponde a la construcción de aquello que la doctrina contemporánea identifica como “la comunidad global de jurisdicciones”³³⁵.

Lo cierto es que la doctrina del margen de apreciación goza de una creciente popularidad y aceptación como instrumento en diversas cortes internacionales. Esta progresiva recepción se ha aplicado sobre todo cuando se encarga al Estado el desarrollo normativo interno de los derechos reconocidos en un tratado internacional, puesto que no todas las disposiciones de los instrumentos internacionales son autoejecutables en el ordenamiento interno.

Como se ha dicho, la jurisprudencia del TEDH sobre el margen de apreciación fue acogida por el TJUE, que la extendió a nuevos ámbitos materiales. La doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre el margen de apreciación surgió en el marco de la responsabilidad extracontractual de la UE (artículos 268 y 340 del TFUE), a la hora de apreciar si cabía indemnizar daños ocasionados a los particulares por actuaciones de las instituciones comunitarias que infringían el Derecho europeo: si el Derecho europeo dejaba a las instituciones margen de apreciación, no bastaba con que hubiese habido una violación, se precisaba que esta hubiese sido suficientemente caracterizada.

³³⁴ “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *European Journal of International Law*, N° 26/5, 2006, pp. 907 ss.

³³⁵ “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones nacionales y regionales*, ACOSTA ALVARADO, P. y NÚÑEZ POBLETE, M. (Dirs.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 2012, pp. 3 ss., pp. 33 y 41. Por su parte, SHANY advierte que el principal efecto de la doctrina ha sido impulsar el respeto de las cortes internacionales por las decisiones nacionales. Esto recalca la importancia de evaluar la disposición de otras cortes internacionales de aplicar la doctrina del margen de apreciación, un instrumento que es cada vez más ampliamente empleado pero que no es tan claro ni sistemático como debería (“Toward a General Margin...”, *op. cit.*, pp. 908-909).

A criterio del TJUE, el requisito de una violación suficientemente caracterizada “pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las personas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en vista del interés general, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables”³³⁶.

En la misma línea, la jurisprudencia europea ha declarado:

“[e]l ejercicio de la función legislativa (...) no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija tomar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares”³³⁷.

En palabras de COBREROS MENDAZONA:

“Queda claro, entonces, que el motivo que le ha llevado al Tribunal de Luxemburgo a introducir el requisito de la cualificación de la ilegalidad cometida por una institución europea es que el interés general justifica la comisión de algún yerro o contravención de la legalidad, sin que comporte consecuencias indemnizatorias, siempre que no se supere un determinado umbral de tolerancia”³³⁸.

Finalmente, en el asunto *Brasserie du Pêcheur*, el TJUE extendió esta misma construcción al ámbito de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros. Sobre el margen de apreciación y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, el TJUE ha sostenido:

³³⁶ STJUE de 16.9.2013, as. *Animal Trading Company*, T-333/10, apartado 65; y, STJUE de 25.11.2014, as. *Safa Nicu Sepahan*, T-384/11, apartado 51.

³³⁷ STJCE de 25.5.1978, as. *Bayerische HNL*, 83 y 95/76, 4, 15 y 40/77, apartados 5-6; y, de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur*, C-46 y 48/93, apartado 45.

³³⁸ “La exigibilidad del...”, *op. cit.*, p. 19.

“[P]or lo que respecta al artículo 6 de la Directiva, que excluye de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no cabe duda de que dicha disposición reconoce a las autoridades administrativas y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la aplicación de este criterio de exclusión. (...) Sin embargo, dicho margen de maniobra es necesario para tener en cuenta las dificultades concretas que puede ocasionar la explotación de determinadas patentes en el contexto social y cultural de cada Estado miembro, contexto para cuya comprensión las autoridades nacionales, legislativas, administrativas y judiciales, se encuentran mejor situadas que las autoridades comunitarias”³³⁹.

De esta jurisprudencia del TJUE se puede desprender lo siguiente:

- (i) La existencia de un margen de apreciación se determina viendo el texto de la disposición o de la norma y el espacio que esta deja a las autoridades nacionales.
- (ii) Detrás del reconocimiento de ese margen de apreciación late la idea de que las autoridades nacionales —administrativas, legislativas y judiciales— se encuentran mejor situadas que las autoridades comunitarias para perfilar las opciones que deja la norma comunitaria.
- (iii) Si hay margen de apreciación, será mucho más difícil constatar o declarar la existencia de una vulneración de la norma; es decir, el incumplimiento del Estado miembro deberá concurrir en un grado agravado. En cambio, si la disposición o norma no deja margen de apreciación al Estado —tomando en cuenta la claridad, la precisión y la incondicionalidad de la disposición o norma infringida—, habrá un incumplimiento y una obligación de reparar a los particulares perjudicados.

³³⁹ STJCE de 9.10.2001, as. *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-377/98, apartados 37 y 38.

El “margen de apreciación” no es un concepto ajeno a la CAN. Antes al contrario, hay medidas o disposiciones que ofrecen un margen para la discreción de las autoridades nacionales sujetas al control *ex post* por parte de la SGCA y del TJCA.

Ese margen de apreciación se da, en particular, en el caso de las Decisiones, que pueden establecer un “régimen armonizado”, necesitado de un posterior desarrollo normativo por parte de los países miembros. En el caso de las Decisiones que establecen un “régimen común” y de las Resoluciones de la SGCA, el margen de apreciación será, en principio, raro que concurra.

El hecho que los países miembros gozan de un amplio margen de apreciación guiado por su interés nacional y, al mismo tiempo, ejecutan actos de interés general o comunitario —en el marco de la aplicación y ejecución de las políticas comunitarias— susceptibles de producir daños a los particulares³⁴⁰, pensamos que obliga a exigir que, al igual que sucede en el caso europeo, la infracción del Derecho de la CAN haya de ser cualificada para que los Estados miembros estén obligados a reparar los perjuicios ocasionados a los particulares.

Por todos estos motivos, en el marco del artículo 31 del TCTJCA proponemos *de lege ferenda* que se exija la figura andina del “incumplimiento flagrante”, figura que, a nuestro parecer, tal y como hemos anunciado, sería el equivalente del concepto europeo de la “violación suficientemente caracterizada”, creado por el TJUE y seguido por el Tribunal de Justicia de la AELC. Esta equivalencia se puede advertir al contrastar ambos conceptos.

Así en el ámbito andino: “Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad” (artículo 24 de la Decisión 623 ‘Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento’).

³⁴⁰ Cfr. SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado...*, op. cit., p. 72.

Del mismo modo que en el ámbito de la UE hay una “violación suficientemente caracterizada”, como resume COBREROS MENDAZONA:

“1.º Cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia que declare la existencia del incumplimiento estatal (ex art. 260 TFUE) (...)

2.º Cuando el incumplimiento hubiera perdurado a pesar de haber una sentencia prejudicial interpretativa de la que se deduzca el incumplimiento; pues, como es bien sabido, la interpretación que se solicita al Tribunal de Luxemburgo permite, en muchas ocasiones, detectar Derecho estatal incompatible con el de la Unión.

3.º Cuando existiera una jurisprudencia reiterada en la materia de la que resulte el carácter de infracción del comportamiento estatal en cuestión”³⁴¹.

Para concluir, cabe añadir que el requisito del “incumplimiento flagrante” operaría en todos los supuestos —exista o no margen de apreciación—, con la diferencia de que cuando la disposición sea clara, precisa e incondicional y no concurra margen para la valoración estatal, el mero incumplimiento podrá ser calificado de flagrante.

En el siguiente punto se desarrollará el concepto del “incumplimiento flagrante”, tomando en consideración la normativa y la jurisprudencia andina.

1.2.3. El concepto del “incumplimiento flagrante”

Inicialmente, el concepto del “incumplimiento flagrante” se encontraba regulado en el artículo 57 de la Decisión 425 ‘Reglamento de Procedimientos Administrativos’ (1997), de la siguiente manera:

“Se considerará *flagrante* un incumplimiento cuando éste sea *evidente*, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, *previamente declarado por la Secretaría General*, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales *la Secretaría General se hubiere*

³⁴¹ “La exigibilidad del...”, *op. cit.*, pp. 17-18.

pronunciado con anterioridad” (el énfasis es nuestro).

La Decisión 623 ‘Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento’ (2005) vino a derogar en este punto la Decisión 425 ‘Reglamento de Procedimientos Administrativos’. Desde entonces el concepto del “incumplimiento flagrante” se encuentra regulado en el citado artículo 24 de la Decisión 623 que, como vimos, estipula:

“Se considerará *flagrante* un incumplimiento cuando éste sea *evidente, en casos tales como* la reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, *previamente declarado por el Tribunal de Justicia*, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales *el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad*” (el énfasis es nuestro).

Como puede observarse, de acuerdo con la regulación actualmente vigente, la declaración previa del incumplimiento, tanto el reiterado como el que verse sobre aspectos sustantivos, no emana de la SGCA, sino del TJCA. Según GONZÁLEZ DE TROCONIS, esta modificación “revela, entre otros detalles, cierta pérdida de confianza en aquel órgano del sistema”³⁴².

Por otra parte, el uso de la locución “*en casos tales como*” nos lleva a interpretar que el artículo 24 solo ilustra algunas conductas como ejemplos de lo que podría entenderse como un “incumplimiento flagrante”. En definitiva, de la simple lectura podemos deducir que no se trata de una lista taxativa; es decir, en este punto la norma no encierra un *numerus clausus*, por el contrario, es meramente ejemplificativa.

Según la citada norma, como regla general, un incumplimiento se considerará flagrante cuando sea “evidente”, es decir, de acuerdo con el significado que corresponde a este adjetivo, “de tal evidencia que no necesita pruebas” y por ello “cierto, claro, patente y sin la menor duda”³⁴³.

³⁴² Solución de controversias por incumplimiento..., *op. cit.*, p. 36.

³⁴³ www.rae.es (23.9.2016).

Sobre el concepto de flagrancia es interesante traer a colación lo manifestado por la SGCA, quien realizó un símil del concepto penal aplicado al Derecho comunitario:

“[d]icha figura se relacionaría con la actualidad o momento de la perpetración de la conducta y su materialidad o capacidad de ser percibida como tal, sin mayor análisis. (...) podría señalarse también que el incumplimiento flagrante es aquél verificable objetivamente, sin mayor análisis o sin admitir prueba en contrario (...) En el campo penal la flagrancia guarda relación con la inmediatez del delito. (...) se requiere (...) de una evidencia sensorial (percepción directa) no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva. Por su parte el Tribunal Constitucional Español refiriéndose a la raíz latina del término señala que éste se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, y que en este sentido el término ha pasado a nuestros días, de modo que hay que entender que se trata de la conducta que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa. Dicho Tribunal en su sentencia 341/1993 concibió la flagrancia como una situación fáctica en la que el delincuente es 'sorprendido' —visto directamente o percibido de otro modo— en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”³⁴⁴.

Respecto del incumplimiento flagrante, se tiene que el artículo 26 del TCTJCA establece un régimen especial, con unos plazos abreviados en la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento. De acuerdo con la citada disposición:

“En los casos en que se hubiere emitido una Resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate de un caso de incumplimiento flagrante, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento, emitirá, *a la brevedad posible*, un dictamen motivado, a partir del cual esta o el país miembro afectado, podrán acudir directamente al Tribunal” (el énfasis es nuestro).

³⁴⁴ Dictamen 1-2016 de la SGCA de 22.1.2016, pp. 6-7; y, dictamen 4-2016 de la SGCA de 17.6.2016, pp. 9-10.

Según SUÁREZ MEJÍAS, la brevedad del plazo para la emisión del dictamen motivado por parte de la SGCA no debe significar que al país miembro requerido no se le brinde la oportunidad de defenderse en la fase precontenciosa ante dicho órgano, sino que lo que tiene que hacerse es abreviar los lapsos respectivos, sin eliminar ningún trámite esencial. Así, no se perjudican los intereses comunitarios en caso de que sea necesario adoptar una medida cautelar o decidir rápidamente el fondo del asunto, pero tampoco los intereses individuales del Estado miembro³⁴⁵.

En lo sucesivo se desarrollarán los supuestos de “incumplimiento flagrante” establecidos en el artículo 24 de la Decisión 623 ‘Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento’ y en la jurisprudencia andina, así como otros supuestos posibles.

1.2.3.1. Supuestos de “incumplimiento flagrante” establecidos en la normativa y en la jurisprudencia andina

Sin perjuicio que, como dijimos, no se trata de una lista taxativa, los dos supuestos regulados expresamente en el artículo 24 de la Decisión 623 ‘Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento’ son:

- (i) La reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando este continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o
- (ii) Cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad.

Sobre el primer supuesto, *la reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro previamente declarado por el TJCA (reincidencia)*, este consiste en una infracción que ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la cual se declara la existencia del incumplimiento o de la cual se colige el carácter infractor del comportamiento controvertido.

³⁴⁵ Cfr. *Integración y Supranacionalidad...*, op. cit., p. 247.

Una variante del primer supuesto es el “incumplimiento continuado” mediante instrumentos formalmente distintos. La práctica ha demostrado que cuando un país miembro es demandado pasa a derogar o modificar la normativa nacional objeto del supuesto incumplimiento, sin alterar los términos esenciales del comportamiento infractor, para alegar luego la sustracción de la materia y pedir el sobreseimiento de la causa. El TJCA ha desestimado este tipo de pretensiones por considerar que la conducta infractora no ha cesado, concluyendo que se trata de un caso de “incumplimiento continuado”³⁴⁶.

El Tribunal Andino ha declarado incumplimientos “flagrantes, objetivos y continuados” por reincidir mediante instrumentos formalmente distintos. Dentro del Proceso 118-AI-2003, el TJCA proclamó:

“[e]n el presente caso, se observa un incumplimiento flagrante, objetivo y continuado de la sentencia de 14 de abril de 2005 que declara el incumplimiento de la República de Colombia al haber aplicado medidas restrictivas al comercio del arroz durante más de quince (15) años, toda vez que de inmediato, al perder vigencia ciertas medidas, el gobierno colombiano las ha renovado o prorrogado, e incluso sustituido por otro tipo de medida similar que aplicaba en cada época de cosecha. (...) el incumplimiento (...) es uno de carácter continuado, por lo que compete a este Tribunal observar no sólo la conducta con la que se inició el incumplimiento, sino aquellas conductas que si bien pueden plasmarse en normas nacionales distintas, persiguen el mismo propósito de restringir el libre comercio intrasubregional. (...) la aplicación de contingentes a las importaciones de arroz y la inobservancia de la Resolución 240 de la Secretaría General constituyen un desacato flagrante a la sentencia de 14 de abril de 2005. Que, la conducta reincidente (...) obliga a que, excepcionalmente se modifiquen las sanciones autorizadas por este Tribunal, ya que Colombia sigue incumpliendo en forma reiterada la sentencia”³⁴⁷.

³⁴⁶ Esta posición ha sido reiterada en las siguientes sentencias: STJCA de 13.1.2005, Proceso 132-AI-2003, p. 17; STJCA de 24.4.2002, Proceso 53-AI-2000, p. 13; STJCA de 5.11.2004, Proceso 117-AI-2003, p. 16; STJCA de 19.4.2006, Proceso 117-AI-2004, p. 16; STJCA de 15.7.2009, Proceso 5-AI-2007, p. 19.

³⁴⁷ Auto de 19.7.2012, Proceso 118-AI-2003, pp. 4-8.

Asimismo, sobre el incumplimiento continuado, el TJCA ha explicado que:

“No se trata (...) que varios incumplimientos se hayan acumulado en una misma demanda, sino de un incumplimiento que ha sido reiterativamente consumado y que presenta la forma de un hecho continuado (...) la norma legal comprometida solamente es un instrumento para materializar determinada conducta que puede ser contraria o no a lo previsto en el orden comunitario, no cabe duda de que si tal norma se deroga o si se modifica, pero la conducta persiste o se transforma, haciéndose más gravosa o atemperándose en sus efectos, el incumplimiento subsiste con las características, se insiste, de un incumplimiento continuado”³⁴⁸.

El Tribunal Andino ha insistido en que el objeto de la demanda por incumplimiento es la conducta infractora y no el instrumento que la recoge, por lo que, si varía este, pero en lo sustancial no se modifica aquella, persiste el incumplimiento y la potestad jurisdiccional de pronunciarse a su respecto:

“[e]n las acciones de incumplimiento, no se juzga una norma jurídica sino, esencialmente, una conducta. La norma cuando existe es apenas un instrumento, un medio, para materializar la conducta objeto de censura; pero es claro que muchos de los incumplimientos pueden darse incluso, sin que se profiera norma jurídica alguna. El incumplimiento puede radicar en una omisión, hasta el punto de que consista en que el país acusado de incurrir en él, se abstenga de expedir una norma jurídica necesaria para ejecutar en el orden interno alguna disposición de Derecho comunitario; o puede derivarse de una mera actuación de hecho que impida la ejecución de una norma del ordenamiento común (...)”³⁴⁹.

Más aún, la jurisprudencia andina ha entendido que el “incumplimiento continuado” vulnera el principio de buena fe:

“En el presente caso, el Tribunal concluye que la República de Colombia al imponer diferentes medidas contrarias al ordenamiento jurídico comunitario y al hacer uso abusivo de un derecho, mediante decretos temporales reiterativos, ha

³⁴⁸ STJCA de 21.7.1999, Proceso 7-AI-98, p. 16.

³⁴⁹ Ibídem, p. 15.

irrespetado el principio de buena fe que debe existir en el proceso de integración andino y por tanto, su conducta debe ser considerada como una de incumplimiento reiterado, o continuado”³⁵⁰.

Sobre el segundo supuesto, *cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos respecto de los cuales el TJCA se hubiere pronunciado con anterioridad*, podemos dar como ejemplo la jurisprudencia reiterada en los casos de propiedad intelectual que, como dijimos, representan el 84.06% del total de las interpretaciones prejudiciales³⁵¹. En el Capítulo I de la presente tesis se ha propuesto que, en aplicación de la teoría del acto aclarado, la actual existencia de una amplia jurisprudencia sobre propiedad intelectual aconsejaría que el juez nacional se abstuviera de remitir la consulta y diera aplicación directa a dicha jurisprudencia.

En todo caso, cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos de propiedad intelectual sobre los cuales el TJCA se ha pronunciado reiteradamente se tratará de un incumplimiento flagrante. De la misma manera, la jurisprudencia europea ha sido clara al establecer que el hecho que la sentencia nacional se haya dictado “con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia”³⁵² constituirá una violación suficientemente caracterizada.

En conclusión, el aspecto común a los supuestos de “incumplimiento flagrante” que acaban de verse es que constituyen infracciones evidentes, repetimos, de tal evidencia que no necesitan pruebas y por ello ciertos, claros, patentes y sin la menor duda. En definitiva, son conductas inexcusables, cuya vulneración del ordenamiento andino resulta indubitado, puesto que, de alguna manera, existe ya una declaración o pronunciamiento previo del TJCA, sea mediante una sentencia por incumplimiento o una interpretación prejudicial. Como hemos podido comprobar, los supuestos no son compartimientos estancos ni excluyentes entre sí, todo lo contrario, son complementarios y se encuentran estrechamente relacionados.

³⁵⁰ STJCA de 19.4.2006, Proceso 117-AI-2004, p. 27.

³⁵¹ Véanse las “Estadísticas de la actividad judicial del TJCA en el período 1984-2016”, Secretaría General del TJCA, Quito, 2016.

³⁵² STJCE de 30.9.2003, as. *Gerhard Köbler contra la República de Austria*, C-224/01, apartado 56; y, STJUE de 13.6.2006, as. *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/09, apartado 35. Para un mayor alcance véanse: DI COMITÉ, V., “El principio de responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 65 ss.; y, MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “Sentencia de 13.06.2006, *Traghetti...*”, *op. cit.*, pp. 1017 ss.

Aparte de los supuestos establecidos en la normativa andina, la jurisprudencia del TJCA ha desarrollado otros supuestos que revisten la calificación de “incumplimiento flagrante”, tales como: (i) el incumplimiento “objetivo”; (ii) el incumplimiento “no discutido”; (iii) el incumplimiento formal del planteamiento de la interpretación prejudicial obligatoria; y, (iv) el incumplimiento material de la interpretación prejudicial.

En primer lugar, el incumplimiento “objetivo” es aquel que resulta de la simple comparación de una medida adoptada por un país miembro con el ordenamiento jurídico andino. Sobre el incumplimiento “objetivo”, el TJCA ha manifestado:

“Este Tribunal, dentro del tantas veces referido proceso 3-AI-96, hizo mención al ‘incumplimiento objetivo’, agregando ahora que ‘para cuya determinación basta la simple confrontación de los actos mandatarios de la Junta contenidos en las Resoluciones mencionadas’, es decir, el que se aprecia por la simple lectura y análisis de los hechos inculcados de incumplimiento y el derecho violado”³⁵³.

En segundo lugar, el incumplimiento “no discutido” acontece cuando el país miembro no rechaza ni contradice en forma alguna el incumplimiento denunciado. A mayor abundamiento, el TJCA ha equiparado el incumplimiento “no discutido” al flagrante de la siguiente manera:

“La aceptación de un país miembro sobre un incumplimiento o la deducción clara de una actitud de tal incumplimiento, ha conducido a que este Tribunal, el Europeo y la propia Secretaría General, traten de lo que es el ‘incumplimiento flagrante’, figura prevista en las reformas del Tratado de Creación del Tribunal (...) sobre lo que puede calificarse de ‘incumplimiento no discutido’ (...) puede asimilarse con (...) el incumplimiento ‘flagrante’, y sería tal cuando éste sea evidente”³⁵⁴.

Sobre el incumplimiento “objetivo” y el “no discutido”, dentro del Proceso 16-AI-99, el TJCA ha resuelto que:

³⁵³ STJCA de 24.9.1998, Proceso 2-AI-97, p. 24.

³⁵⁴ Ibídem, pp. 23-24. Criterio reiterado en la STJCA de 11.2.1999, Proceso 3-AI-98, pp. 29-30.

“Es ‘objetivo’ en razón de que se determina por la simple confrontación de las normas comunitarias vulneradas y la acción u omisión del país contraventor. Es, por otra parte ‘no discutido’, en virtud de que no existe contradicción por la demandada de los hechos alegados por la Secretaría General en lo relativo a la existencia de una alteración unilateral del Arancel Externo Común. Y se hace aún más evidente y específico dicho incumplimiento cuando se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena, por el cual los países miembros se han comprometido a no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo Común”³⁵⁵.

En todo caso, en el Proceso 16-AI-99 citado se ha concluido que cualquier comportamiento unilateral de los países miembros que pretenda modificar los niveles arancelarios legalmente fijados constituye un incumplimiento “grave”³⁵⁶, “objetivo” y “no discutido”, lo cual equivale a un incumplimiento flagrante del Derecho comunitario.

En tercer lugar, en la jurisprudencia andina se tiene muy claro que el incumplimiento de la obligación de solicitar interpretación prejudicial en el caso de tratarse de la única o última instancia ordinaria es uno de tipo “flagrante”, sin importar las circunstancias del caso concreto.

Dentro del Proceso 3-AI-2010, la jurisprudencia andina ha dejado claro que:

“[e]n el caso de la consulta obligatoria, la inobservancia del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear la nulidad de la sentencia. En este sentido, la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él ‘no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias’. Este

³⁵⁵ STJCA de 22.3.2000, Proceso 16-AI-99, p. 10.

³⁵⁶ El TJCA ha enfatizado que: “[a]cerca del mecanismo tan significativo como el que constituye el Arancel Externo Común (...) la vulneración o el irrespeto por parte de alguno de los países miembros a las disposiciones que lo conforman y regulan se erigen en un golpe directo y de graves consecuencias al proceso integracionista, razón por la cual deberá considerarse la conducta en tal sentido como un incumplimiento grave, mucho más cuando, como en el caso que se juzga, no se trata de modificaciones parciales a determinadas partidas del arancel sino de alteraciones generalizadas a los niveles arancelarios contemplados en el instrumento común”. *Ibíd.*, p. 8.

‘requisito previo’ debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo, *pues tratándose de un tema regulado por una norma supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional de los países miembros de esta Comunidad Andina y cuyo incumplimiento es una violación flagrante al debido proceso.* (...) el Consejo de Estado, dado su carácter de juez comunitario debió dar noticia, mediante la figura de la interpretación prejudicial, al Tribunal Supranacional del hecho de que el Tribunal Arbitral, aún cuando debía aplicar normas comunitarias andinas, no había enviado la correspondiente solicitud. Si bien la normativa comunitaria habla de juez nacional, el alcance de dicho término le corresponde al Tribunal Supranacional y, en este sentido el Consejo de Estado ha debido consultar al Tribunal sobre la posible obligación que le asistía al Tribunal Arbitral en relación con la solicitud de interpretación prejudicial. *Al no solicitar la interpretación prejudicial mencionada, el Consejo de Estado configuró un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, en especial de los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto*³⁵⁷ (el énfasis es nuestro).

ANAYA VERA y POLANCO LAZO han señalado que, “[d]e no solicitarse la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la CAN en los casos en los cuales es obligatoria, el país miembro estaría incurriendo en vulneración flagrante del Derecho Comunitario Andino y por consiguiente sería posible una denuncia por parte del particular afectado —inclusive si tiene el carácter de inversionista extranjero— ante la Secretaría General de la CAN y de darse el caso, ante el propio Tribunal de Justicia supranacional”³⁵⁸.

En cuarto lugar, respecto del incumplimiento material de la interpretación prejudicial como supuesto de incumplimiento flagrante, se tiene que el artículo 127 del ETJCA establece una obligación especial del juez consultante: “El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.

³⁵⁷ STJCA de 26.8.2011, Proceso 3-AI-2010, pp. 23-26.

³⁵⁸ “El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿un nuevo foro de solución de controversias de inversión extranjera?”, *Tercera Conferencia Bienal de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional*, Bogotá, Colombia, Agosto, 2014, p. 10.

Como se puede observar, la obligación del juez remitente de la cuestión prejudicial de seguir la interpretación que brinda el TJCA es evidente —tomando en cuenta el grado de claridad y de precisión de la norma— y no deja ningún tipo de margen de apreciación al juez nacional, por lo que el incumplimiento de dicha disposición merece el calificativo de flagrante.

Recordando que el concepto comunitario de “juez nacional” abarca a las entidades administrativas de los países miembros³⁵⁹, así como a los árbitros³⁶⁰, se entiende que el Tribunal Andino haya declarado que si la Dirección de Signos Distintivos —primera instancia administrativa— del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú solicita una interpretación prejudicial facultativa al TJCA, resulta evidente que la segunda instancia administrativa y las posteriores instancias judiciales que conozcan del proceso interno deberán todas ellas adoptar en su resolución o sentencia la interpretación del TJCA³⁶¹.

Finalmente, el artículo 128 del ETJCA establece obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial:

“Artículo 128.- Los países miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los países miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal. En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial” (el énfasis es nuestro).

³⁵⁹ STJCA de 20.11.2014, Proceso 121-IP-2014, pp. 9-13.

³⁶⁰ STJCA de 26.8.2011, Proceso 3-AI-2010, pp. 26-29.

³⁶¹ STJCA de 20.11.2014, Proceso 121-IP-2014, pp. 14-15.

Llegado a este punto, uno podría cuestionarse cómo el incumplimiento formal del planteamiento de la interpretación prejudicial obligatoria y el incumplimiento material de dicha interpretación podrían comprometer la responsabilidad patrimonial de los países de la CAN. Tomando en consideración las condiciones sustantivas comunes propuestas, cabría argumentar que los artículos 123³⁶² y 127³⁶³ del ETJCA constituyen reglas esenciales de procedimiento (debido proceso) y atribuyen a los particulares derechos que se verían afectados por el incumplimiento.

Sobre el segundo requisito, existiría un “incumplimiento flagrante”, pues el “juez nacional” no cuenta con margen de apreciación respecto de las obligaciones establecidas en los artículos 123 y 127 del ETJCA.

Respecto del tercer requisito, COBREROS MENDAZONA advierte que el verdadero problema radica en cómo probar el daño y el nexo causal directo en estos casos:

“[u]no de los requisitos inexcusables es el de la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño producido, debiendo probar quien solicita la indemnización que el no planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial estatal ha sido la causa directa del daño sufrido en sus derechos. Sin embargo, en este caso, el particular no puede demostrar que, precisamente, por no plantear la cuestión prejudicial se le ha producido el daño ya que, para lograr eso, tendría que probar que, de haberse solicitado la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia habría avalado su interpretación del ordenamiento de la Unión y, en consecuencia, la posterior resolución judicial de fondo habría sido distinta y favorable a sus pretensiones (...) A estos efectos, el concepto cada vez más admitido —aunque nada sencillo de aplicar— de ‘pérdida de oportunidades procesales’, como perjuicio indemnizable, podría tener en este ámbito algún campo de aplicación (...) que lo considera un daño moral que podría ser

³⁶² Artículo 123.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en Derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

³⁶³ El artículo 127 fue reproducido en el texto principal 5 párrafos más atrás.

indemnizable”³⁶⁴.

Finalmente, aparte de los supuestos de “incumplimiento flagrante” establecidos tanto en la normativa (artículo 24 de la Decisión 623) como en la jurisprudencia andina, pueden existir otros supuestos posibles, si se toman en consideración las circunstancias particulares del caso concreto junto con los criterios esbozados en la presente tesis.

1.2.3.2. Otros supuestos posibles de “incumplimiento flagrante”

Como hemos señalado, el artículo 24 de la Decisión 623 no determina una lista taxativa, por lo que caben otros supuestos de “incumplimiento flagrante”. Más allá de los supuestos establecidos expresamente en la normativa y en la jurisprudencia andina analizadas pueden, pues, existir otros sin denominación específica.

La jurisprudencia europea ha entendido que cuando no concorra margen para la valoración estatal y la disposición sea clara, precisa e incondicional, la simple infracción del Derecho comunitario constituirá una “violación suficientemente caracterizada”. La no transposición de las Directivas dentro del plazo sería un ejemplo de ello, puesto que constituye una infracción concreta, fácilmente identificable y formal del Derecho comunitario, que no puede ser justificada bajo ninguna circunstancia. Es una violación simple y objetiva de un compromiso preciso e incondicional impuesto por los tratados³⁶⁵. En el caso de la inejecución de directivas (omisión) —a diferencia de la ejecución incorrecta (acción)—, la infracción es una violación suficientemente caracterizada.

En el asunto *Lomas*, el Tribunal realizó una identificación de la “simple infracción” como “violación suficientemente caracterizada” de la siguiente manera:

³⁶⁴ “Un paso más en la consolidación...”, *op. cit.*, p. 96.

³⁶⁵ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, M. C., “Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las Directivas comunitarias (Comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1996. Asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94. *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, y Werner, Úrsula y Torsten Knor v. Bundesrepublik Deutschland*)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 1, Enero/Junio 1997, pp. 261 ss., pp. 273-274.

“[...] en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada”³⁶⁶.

En palabras de TRIDIMAS, el nivel del margen de apreciación del Estado miembro es inversamente proporcional al establecimiento de una violación suficientemente caracterizada. Es decir, a mayor margen de apreciación para las autoridades nacionales, más difícil sería establecer que el incumplimiento de las medidas en cuestión es una violación suficientemente caracterizada. Al contrario, a menor margen de apreciación, más fácil sería calificar el incumplimiento de tales medidas como una violación suficientemente caracterizada³⁶⁷.

Posteriormente, mediante *Dillenkofer*, el TJUE determinó un régimen común al que resultará —siempre y en todos los casos— aplicable el test de la violación suficientemente caracterizada, la cual se entenderá producida cuando el Estado miembro no cuente con margen de apreciación, tomando en consideración el carácter claro, preciso e incondicional de la disposición o norma infringida. Adicionalmente, en el asunto *Lomas*, el TJUE señaló que aun no existiendo margen de apreciación como consecuencia de la claridad, precisión e incondicionalidad de la disposición o norma infringida, tal violación podría no ser suficiente, planteándose entonces la necesidad del análisis de “otros elementos adicionales” desarrollados en la ya citada jurisprudencia europea de *Brasserie du Pêcheur*³⁶⁸.

Para poder distinguir si un incumplimiento es flagrante o no, *de lege ferenda* proponemos el análisis de estos “elementos de clarificación”³⁶⁹ que aportan juicios de

³⁶⁶ STJCE de 23.5.1996, as. *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, C-5/94, apartado 28.

³⁶⁷ Cfr. “Liability for breach of community law...”, *op. cit.*, p. 311.

³⁶⁸ STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur vs. Bundesrepublik Deutschland*, C-46/93 y C-48/93, apartado 56.

³⁶⁹ COBREROS MENDAZONA los denominó “elementos de clarificación”, de la siguiente manera: “Dada la evidente indeterminación del requisito de la violación suficientemente caracterizada, el propio Tribunal de Justicia consideró conveniente en *Brasserie du Pêcheur* aportar algunos *elementos de clarificación* para que cuando los órganos jurisdiccionales estatales conozcan de una reclamación de este tipo puedan aplicar correctamente este presupuesto” (“La exigibilidad del...”, *op. cit.*, p. 17).

valor que pueden servir a los jueces nacionales para apreciar si, en efecto, se ha producido una violación del Derecho comunitario en el caso concreto³⁷⁰.

En conclusión, nuestra propuesta es introducir el criterio más amplio y general del margen de apreciación de los países miembros respecto de la disposición o norma vulnerada. De esta manera, el juez nacional no estaría atado o condicionado necesariamente a una previa declaración o pronunciamiento del TJCA (artículo 24 de la Decisión 623), sino que como juez comunitario que es, puede y debe analizar si —como consecuencia de su claridad, precisión e incondicionalidad— la disposición o norma vulnerada deja o no margen de apreciación, o si se aplican los “otros elementos adicionales”, siendo que para determinarlo hay que estar siempre al caso concreto y, más aún, al contenido efectivo de la medida de que se trate, pues el tipo de medida o incluso el título que presente, son irrelevantes.

2. El margen de apreciación de los países miembros en el ordenamiento jurídico andino

El concepto andino del “incumplimiento flagrante” —como requisito sustancial para comprometer la responsabilidad patrimonial de los países miembros en el marco del artículo 31 del TCTJCA— obliga a considerar el sistema de fuentes de la CAN. En lo sucesivo nos ocuparemos del Derecho andino originario y derivado para determinar si sus instrumentos y disposiciones dejan o no margen de apreciación.

Según el artículo 1 del TCTJCA:

“El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los

³⁷⁰ Cfr. JANER TORRENS, J. D., *La responsabilidad patrimonial...*, op. cit., p. 241.

países miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina”.

Esta enumeración sigue un “orden kelseniano”³⁷¹, al referir de forma piramidal una escala de normas comunitarias partiendo en primer lugar del tratado fundacional (Acuerdo de Cartagena), sus protocolos e instrumentos adicionales³⁷². En palabras del Tribunal Andino:

“De esta enumeración, y aunque la norma no lo diga en forma explícita, puede deducirse que dicho ordenamiento está integrado por normas ‘primarias’, ‘institucionales’, ‘constitucionales’, ‘básicas’ u ‘originarias’, que se encuentran plasmadas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado del Tribunal de Justicia, con sus respectivos protocolos modificatorios. Las otras normas, que emergen de los órganos comunitarios —Comisión, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y antigua Junta, hoy Secretaría General— constituyen el denominado ‘derecho derivado’ o ‘secundario’, en virtud de la propia competencia de regulación que les ha sido conferida por el Tratado marco del Acuerdo de Cartagena. Tanto las unas como las otras, tienen como características comunes que prevalecen sobre el Derecho interno de cada uno de los países miembros (principio de preeminencia) y son de aplicación directa en los mismos (...) Tal principio de jerarquización (...) se desprende del propio artículo primero del Tratado de Creación de este Tribunal”³⁷³.

El artículo 2 del ETJCA vuelve sobre esta enumeración de las fuentes, clasificándolas en Derecho primario u originario y secundario o derivado:

“El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho

³⁷¹ SIERRALTA RÍOS, A., “Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de naciones: desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional”, p. 7. Disponible en: <http://www.cepal.org> (1.4.2014).

³⁷² Para un mayor detalle, véanse: NOVAK TALAVERA, F., “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”, *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 57 ss.; y, TREMOLADA ÁLVAREZ, E., “Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?”, *Revista Oasis 2006-07*, N° 12, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 317 ss., p. 327.

³⁷³ STJCA de 26.2.1998, Proceso 1-AN-97, p. 15.

secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los países miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los países miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino”.

Respecto de los “Convenios de Complementación Industrial y otros *que adopten los países miembros entre sí* y en el marco del proceso de la integración subregional andina” (literal e) del artículo 1 del TCTJCA (énfasis añadido), rechazamos su calificación como Derecho secundario o derivado. QUINDIMIL ha afirmado, a este respecto, que la inclusión de este “Derecho convencional complementario” dentro del ordenamiento comunitario andino “no deja de ser, cuando menos, sorprendente e incluso censurable”³⁷⁴. Coincidimos plenamente con este autor, pues los Convenios entre los Estados miembros no emanan de órganos comunitarios, sino que son tratados internacionales concluidos entre los Estados miembros.

Si bien las fuentes típicas del ordenamiento jurídico andino se encuentran en el citado artículo 1 del TCTJCA, adicionalmente, la jurisprudencia andina ha recogido ciertos “actos atípicos” como parte del ordenamiento jurídico andino³⁷⁵:

“Se tomará en consideración una interpretación extensiva del artículo 1 del Tratado de Creación en relación con otros actos jurídicos de derecho derivado que tengan fuerza vinculante, de conformidad con la teoría de la atipicidad normativa.

³⁷⁴ *Instituciones y Derecho...*, op. cit., p. 175.

³⁷⁵ Sobre el tema de la atipicidad normativa en la CAN, véase: *Ibíd.*, pp. 258-259.

En la sentencia recaída dentro del Proceso 67-IP-2014, el TJCA citó al profesor Quindimil de la siguiente manera:

“Según el profesor Quindimil, una doctrina nominalista o de interpretación literal y restrictiva para decidir la pertenencia o no de una norma al ordenamiento jurídico comunitario, en el ámbito europeo, es insostenible, y su sucesora natural es la doctrina objetivista o funcionalista que atiende al contenido del acto para determinar si tiene carácter jurídico obligatorio y, en consecuencia, forma parte del ordenamiento jurídico comunitario. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, además de que no existe una norma delimitadora equivalente al artículo 1 del Tratado de Creación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) controla la legalidad de aquellas normas con contenido normativo vinculante para sus destinatarios, siendo este, por tanto, el criterio que permite afirmar que una norma pertenece al ordenamiento jurídico comunitario” (STJCA de 18.6.2014, Proceso 67-IP-2014, p. 20).

En efecto, el artículo 1 en mención no deberá entenderse como una lista taxativa, por el contrario, se deberá extender a otros actos normativos derivados del proceso de integración andino y que gozan de fuerza vinculante. Sobre la aparición de ‘actos atípicos’ surgidos de la actividad de las instituciones que no serían encuadrables en el artículo 1 del Tratado de Creación, el Tribunal considera que debe analizar el contenido del acto y no simplemente su denominación o su adscripción al listado establecido por el citado artículo 1. Se debe analizar si el acto cuenta con un contenido jurídico vinculante provisto, por tanto, de obligatoriedad jurídica en sí misma. Es así que, la lista del artículo 1 del Tratado de Creación no puede ser *numerus clausus* por lo que debe admitir, de manera excepcional, la incorporación de actos nuevos y distintos a través de la práctica de los países miembros o de los órganos comunitarios. (...) tomando en cuenta que el Convenio de Sede de la Universidad Andina Simón Bolívar tiene un carácter vinculante para sus destinatarios (el Estado Plurinacional de Bolivia y la UASB), también se puede advertir que si no existiera el proceso de integración andino y el Protocolo de Trujillo, no existiría Convenio de Sede alguno, por lo que este Tribunal considera que no hay lugar a dudas de que el mismo es parte del ordenamiento jurídico andino”³⁷⁶.

Sobre las fuentes atípicas del Derecho andino, SÁCHICA APONTE precisó que “el contenido del Derecho comunitario andino no se agota, es nuestro criterio, en los actos enunciados [en el artículo 1 del TCTJCA], ya que *existen otras actuaciones de los órganos comunitarios* que es preciso tipificar y catalogar, pues a pesar del carácter cerrado y taxativo del enunciado no es posible ignorar proyecciones jurídicas que amplían y complementan el Acuerdo”³⁷⁷ (el énfasis es nuestro).

Tanto las fuentes típicas como las atípicas del ordenamiento jurídico andino se rigen por los siguientes principios:

“(...) La primacía es una condición esencial del Derecho comunitario, que no puede subsistir nada más que a condición de no ser puesta en duda por el Derecho de los

³⁷⁶ STJCA de 18.6.2014, Proceso 67-IP-2014, p. 29.

³⁷⁷ *Introducción al Derecho comunitario andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985, p. 87.

Estados Miembros. De ahí que —observa este Tribunal Andino, en un todo conforme con las enseñanzas del profesor PESCATORE— la norma comunitaria postule una ‘exigencia existencial de primacía’ cuando pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable en los países que integran la Comunidad, sin perder, acota el Tribunal, esa característica existencial de primacía ni las de aplicabilidad directa y efecto directo que la acompañan. (...) El ordenamiento jurídico comunitario se impone, en su conjunto, sobre los ordenamientos jurídicos nacionales: la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, originarias o derivadas, y se ejerce sobre todas las normas nacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales o, incluso, constitucionales (...) siguiendo al profesor Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, este órgano jurisdiccional andino ratificó (...) además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente en su efecto directo y su primacía. La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigido (...)”³⁷⁸.

Insistiendo en el principio de primacía o prevalencia del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales o internos de los países miembros, el TJCA ha declarado:

“El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los países miembros (...). En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario (...) se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo el Derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena

³⁷⁸ STJCA de 16.6.1999, Proceso 30-IP-98, pp. 5-7.

eficacia de la norma común (...). El derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan sólo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias. Ello no obsta, por supuesto, para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional o inexecutable toda norma que sea incompatible con el derecho común (...)³⁷⁹.

En la CAN, la determinación de la naturaleza jurídica de una disposición comunitaria vendrá determinada en función de su propio alcance y contenido material, y no simplemente de su denominación. Este análisis concreto para la calificación sustantiva (y no formal) es extensible a todas las fuentes; es decir, debe ser aplicado a cualquier disposición del Derecho originario, del derivado de los órganos comunitarios y a los Convenios —fuentes típicas del ordenamiento jurídico andino según el artículo 1 del TCTJCA— e, incluso, a los “actos atípicos” recogidos por la jurisprudencia andina.

2.1. El Derecho originario andino

Siguiendo al TJUE, el Tribunal de la CAN ha proclamado que el Derecho originario constituye la “Constitución comunitaria” de este sistema:

“En el tope de todo ordenamiento jurídico comunitario se ubican los tratados constitutivos del mismo, así como sus enmiendas consignadas en protocolos modificatorios. Así lo señalan taxativamente el artículo 1, literales a) y b) del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Ellos constituyen la base primigenia del derecho comunitario y entre los europeos se les denomina ‘*Constitución Comunitaria*’, señalando la naturaleza autónoma y la fuente primaria de derecho, del cual derivan y a las cuales se somete el resto de las fuentes. (...) De esta manera a los tratados constitutivos —derecho primario— se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional —derecho derivado— regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, estos han resuelto soberanamente transferirlas como una competencia de

³⁷⁹ STJCA de 25.4.2013, Proceso 129-IP-2012, p. 4.

atribución a dichos órganos”³⁸⁰ (el énfasis es nuestro).

El Tribunal Andino ha declarado que todas las previsiones del Derecho originario tienen alcance general, es decir, naturaleza normativa:

“Todas las normas mencionadas en el artículo 1º del Tratado de Creación del TJCA y en el artículo 2º del Estatuto del TJCA (...) constituyen fuentes típicas pues han sido reconocidas de modo expreso por el derecho positivo del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Las fuentes típicas a su vez pueden ser clasificadas entre aquellas que tienen efectos jurídicos generales (*erga omnes*) y las que tienen efectos jurídicos particulares. *Todas las normas de derecho primario tienen efectos jurídicos generales*”³⁸¹ (el énfasis es nuestro y el subrayado del texto original).

En el Derecho originario andino hay previsiones que pueden dejar margen de apreciación a los países miembros. El artículo 104 del Acuerdo de Cartagena sería un ejemplo de ello:

“Los países miembros desarrollarán una acción conjunta para lograr un mejor aprovechamiento del espacio físico, fortalecer la infraestructura y los servicios necesarios para el avance del proceso de integración económica de la Subregión. Esta acción se ejercerá principalmente en los campos de la energía, los transportes y las comunicaciones, y comprenderá las medidas necesarias a fin de facilitar el tráfico fronterizo entre los países miembros.

Para tal efecto, los países miembros propenderán al establecimiento de entidades o empresas de carácter multinacional, cuando ello sea posible y conveniente para facilitar la ejecución y administración de dichos proyectos”.

Asimismo, el artículo 33 del TCTJCA establece la consulta prejudicial facultativa. Esta disposición deja margen de apreciación al juez nacional que no es de única o última instancia:

³⁸⁰ STJCA de 12.11.1999, Proceso 7-AI-99, p. 10.

³⁸¹ STJCA de 26.8.2016, Proceso 2-AN-2015, pp. 15-16.

“Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en Derecho interno (...)”.

Por otro lado, en el Derecho originario andino también hay previsiones que no dejan margen de apreciación a los países miembros. El artículo 75 del Acuerdo de Cartagena establece:

“En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un país miembro *gozarán en el territorio de otro país miembro de tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales*” (el énfasis es nuestro).

Seguidamente, los artículos 76, 77 y 139 del Acuerdo de Cartagena establecen que:

“Artículo 76.- El Programa de Liberación será *automático e irrevocable y comprenderá la universalidad de los productos*, salvo las disposiciones de excepción establecidas en el presente Acuerdo.

(...)

Artículo 77.- Los países miembros *se abstendrán de aplicar gravámenes y de introducir restricciones* de todo orden a las importaciones de bienes originarios de la Subregión.

(...)

Artículo 139.- Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un país miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, *será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás países miembros*.

Quedan exceptuados del tratamiento a que se refiere el inciso precedente, las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concedieran en virtud de convenios entre países miembros o entre países

miembros y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo” (el énfasis es nuestro).

A manera ilustrativa, sobre los principios del trato nacional y la no discriminación establecidos en el Derecho originario citado, traemos a colación el pronunciamiento del TJCA:

“En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un país miembro gozarán en el territorio de otro país miembro de un tratamiento no menos favorable que el que se aplica a productos similares nacionales. (...) Esta norma primaria y esencial es clara, al establecer que los productos de los países miembros, gozarán en el territorio de otro país miembro, de un trato similar al aplicado a los productos domésticos, en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos”³⁸².

En estas condiciones, el TJCA no tuvo dificultades para estimar que la norma venezolana que dio lugar al asunto *Sofaven* constituía un incumplimiento “objetivo” y, por tanto, un incumplimiento flagrante de Venezuela por la transgresión de los principios del trato nacional y no discriminación:

“Por su parte los artículos 38 al 44 del reglamento de la misma Ley, referidos a la base imponible de los productos venezolanos, no disponen que en el cálculo de la base imponible se agreguen otros aranceles, recargos, gastos o gravámenes, lo que equivale a decir que se encuentran exentos de los mismos, lo que constituye una flagrante discriminación con aquellos productos provenientes de los otros países miembros que deberían ser tratados y gravados en igualdad de condiciones que los productos nacionales. Este Tribunal concluye en consecuencia que el referido artículo 46 del reglamento de la LIVA constituye una objetiva y flagrante violación al principio de Trato Nacional consagrado en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena al establecer una discriminación entre los productos importados, incluso aquellos originarios de otros países miembros al no existir un tratamiento similar para los productos venezolanos análogos; conducta que constituye, por lo

³⁸² STJCA de 27.8.2003, Proceso 52-AI-2002, p. 14.

tanto, un incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”³⁸³.

Atendiendo al citado Proceso 132-AI-2003, el incumplimiento del artículo 75 del Acuerdo de Cartagena —en concordancia con los artículos 76, 77 y 139 del mismo Acuerdo— constituye una objetiva y flagrante violación a los principios del trato nacional y la no discriminación, puesto que la normativa es clara y precisa, y no deja margen de apreciación a los países miembros.

Por consiguiente, podemos concluir que entre los derechos cuya vulneración puede originar el deber de reparar están el trato nacional y la no discriminación. Estas disposiciones del Derecho originario son claras, precisas e incondicionales y no dejan ningún margen de apreciación a los países miembros, lo que ocasiona que su mera violación constituya un “incumplimiento flagrante”.

Si bien la claridad, la precisión y la incondicionalidad de los términos y la ausencia de margen de apreciación bastan para calificar el incumplimiento como uno flagrante, existen otros criterios —que no son condiciones adicionales— que robustecen esta conclusión dentro del Proceso 132-AI-2003:

- Se observa un carácter intencional en la infracción cometida y un carácter inexcusable de un eventual error de Derecho por parte de Venezuela.
- No se da la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión; al contrario, la SGCA emitió el dictamen de incumplimiento 3-2002 contra Venezuela³⁸⁴, el cual concedió a dicho país un plazo máximo de 30 días calendarios para dejar sin efecto la medida observada.

³⁸³ STJCA de 13.1.2005, Proceso 132-AI-2003, p. 19.

³⁸⁴ Disponible en web:

<http://www.comunidadandina.org/Solcontroversias.aspx?fr=0&codProc=214&codpadre=2&tipoProc=1> (25.9.2016).

2.2. El Derecho derivado andino

El Derecho derivado es fruto de la transferencia de competencias propias de los Estados a unos órganos comunitarios como el CAMRE, la Comisión y la SGCA, tal como lo ha expresado el TJCA:

“b. Derecho derivado. Puede afirmarse que es característica primordial del sistema comunitario de derecho el que los países soberanamente cedan parte de sus competencias reguladoras transfiriéndolas de la órbita de acción estatal interna a la órbita de acción comunitaria para la puesta en práctica y desarrollo de los objetivos de la integración subregional. De esta manera a los tratados constitutivos —derecho primario— se suma el acervo legal expedido por órganos de regulación comunitaria como la Comisión y la Junta (hoy SGCA) del Acuerdo de Cartagena, que mediante normas jurídicas de orden supranacional —derecho derivado— regulan materias que habiendo formado parte originalmente de la competencia exclusiva de los países miembros, estos han resuelto soberanamente transferirlas como una competencia de atribución a dichos órganos”³⁸⁵.

El Derecho derivado de los órganos comunitarios comprende las Decisiones del CAMRE y la Comisión, así como las Resoluciones de la SGCA (artículo 1 del TCTJCA). No forman parte del ordenamiento jurídico andino, en cambio, las Declaraciones que adopta el CAMRE; así resulta, en efecto, del artículo 17 del Acuerdo de Cartagena, relativo al tipo de medidas que puede aprobar el citado Consejo:

“El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresará mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso. Estas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

La exclusión de las Declaraciones del Derecho de la CAN obedece, sin duda alguna, a su carácter no vinculante, que proclama el artículo 12 de la Decisión 407 ‘Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores’. No podrán, pues, ser objeto de incumplimiento; de ahí que escapen a nuestro ámbito de interés.

³⁸⁵ STJCA de 26.2.1998, Proceso 1-AN-97, pp. 18-19.

Entrando en las fuentes de Derecho derivado obligatorias para los países miembros, en primer lugar, se encuentran las “Decisiones”, que pueden ser adoptadas por el CAMRE (por consenso) o por la Comisión de la CAN (por mayoría absoluta)³⁸⁶. Las Decisiones tienen efectos jurídicos generales, es decir, una naturaleza normativa³⁸⁷ y pueden establecer un régimen armonizado o uno común.

En segundo lugar, tenemos las “Resoluciones” de la SGCA que pueden ser de alcance individual (actos administrativos con efectos particulares que aplican previsiones del Acuerdo de Cartagena o de Decisiones) o de alcance general (normas dictadas en desarrollo del citado Acuerdo o de Decisiones y que generalmente se denominan “Reglamentos”)³⁸⁸. Las primeras, es decir, aquellas que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las segundas³⁸⁹.

Dentro del Proceso 5-AI-2007, el Tribunal Andino desarrolló exhaustivamente los principios que caracterizan a las Resoluciones de la SGCA:

“(…)

1. **Principio de Presunción de Validez de la Norma Comunitaria.** Es un desarrollo del llamado ‘*principio de legalidad*’ en el ámbito comunitario. Por el cual, *la norma comunitaria se presume válida, vigente y aplicable mientras no sea declarada su nulidad, derogada, suspendida su aplicación, o declarada inaplicable para un caso particular. En este contexto, la norma comunitaria vigente, válida y aplicable, debe ser de obligatorio cumplimiento por parte de todos los países miembros.*
2. **Principio de Aplicación Inmediata.** Este principio significa que *la norma comunitaria andina* se incorpora al ordenamiento jurídico de los países

³⁸⁶ Los mecanismos de consenso como forma de adopción de las Declaraciones y Decisiones del CAMRE y el voto favorable de la mayoría absoluta para las Decisiones de la Comisión están previstos en los artículos 17 y 26 del Acuerdo de Cartagena.

³⁸⁷ STJCA de 26.2.1998, Proceso 1-AN-97, pp. 18-19.

³⁸⁸ Sobre esta naturaleza híbrida de las Resoluciones, v. STJCA de 26.2.1998, Proceso 1-AN-97, pp. 18-19.

³⁸⁹ El artículo 9 de la Decisión 425 ‘Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina’ establece:

“Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo.

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto”.

miembros de manera automática, esto es, sin necesidad de ningún proceso de recepción, incorporación, homologación o exequátur.

(...)

3. **Principio de Efecto Directo.** Esto es, que *la norma comunitaria andina* genera derechos y obligaciones de carácter inmediato en cabeza de los nacionales de los países miembros, valga decir, sin necesidad de que existan normas jurídicas internas que los desarrollen o reglamenten. *Este principio es de gran importancia porque faculta a los particulares a exigir ante las autoridades de sus países los derechos otorgados por la norma comunitaria. Se desprende del principio de aplicación inmediata y de la propia naturaleza del Derecho Comunitario Andino.*

4. **Principio de Primacía.** Este principio, establece la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario andino y otros sistemas normativos, dentro de los que se incluye el ordenamiento interno de los países miembros y las normas internacionales multilaterales, plurilaterales o bilaterales. El Tribunal en reiterada jurisprudencia ha delimitado este principio, estableciendo que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho Interno de los países miembros, prevalece el primero, al igual que al presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario y las demás normas de Derecho Internacional.

(...)

5. **Principio de Autonomía.** Este principio es un efecto y un complemento claro del Principio de Primacía. Consagra al ordenamiento jurídico comunitario andino como un '*sistema jurídico*', es decir, como un todo coherente dotado de unidad, basado en un conjunto de principios y reglas estructurales que se derivan de él mismo, sin soportarlas en ningún otro ordenamiento jurídico. (...)»³⁹⁰ (el énfasis es nuestro y la negrita del texto original).

³⁹⁰ STJCA de 15.7.2009, Proceso 5-AI-2007, pp. 21-23.

Si bien el Proceso 5-AI-2007 arriba citado versó sobre el incumplimiento de la Resolución 897 de la SGCA³⁹¹ que calificó la medida del Ecuador como una “restricción” al comercio intrasubregional (acto administrativo), el TJCA desarrolló los principios que caracterizan a las Resoluciones en términos de “la norma comunitaria andina”, lo que da a entender que dichos principios son aplicables tanto a las Resoluciones de carácter administrativo como a las de carácter normativo. Al respecto, cabe precisar que si la Resolución tiene alcance individual no debería hablarse *in fine* de “normas”, sino de “actos”.

La relación jerárquica entre las Decisiones del CAMRE o de la Comisión y las Resoluciones de la SGCA dependerá del tipo de normas que ejecute la Resolución de que se trate. En palabras de CASTRO BERNIERI:

“[c]uando una Resolución de la SGCA ejecuta o desarrolla normas contenidas en una Decisión del CAMRE o de la Comisión, esa Resolución está sometida jerárquicamente a lo que establezca la Decisión andina respectiva. Sin embargo, cuando la Resolución ejecuta o desarrolla normas que vienen directamente de disposiciones del Derecho comunitario primario o constitucional, entonces tal Resolución no está sometida a las normas de Decisiones, sino tan solo al propio Derecho primario”³⁹².

No es tan sutil la Decisión 425 'Reglamento de Procedimientos Administrativos de la SGCA', que afirma, sin matices, la sumisión de las Resoluciones de la SGCA a las Decisiones del CAMRE y de la Comisión³⁹³.

³⁹¹ Mediante la Resolución 897 de 4.2.2005, la SGCA resolvió lo siguiente:

“Artículo 1.- Calificar la suspensión por parte de la República del Ecuador de las importaciones de sal comprendidas en las subpartidas arancelarias NANDINA 2501.00.11 (sal de mesa), 2501.00.19 (los demás, incluidas las desnaturalizadas) y 2501.00.90 (los demás, agua de mar) originarias de los países miembros de la Comunidad Andina, como una restricción al comercio intrasubregional, según lo dispuesto en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena.

Artículo 2.- De conformidad con lo señalado en el literal e) del artículo 55 de la Decisión 425, la República del Ecuador dejará sin efecto la suspensión de las importaciones de los productos comprendidos en las subpartidas arancelarias NANDINA 2501.00.11 (sal de mesa), 2501.00.19 (los demás, incluidas las desnaturalizadas) y 2501.00.90 (los demás, agua de mar), en un plazo de diez (10) días calendario”.

³⁹² “Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, *Agenda Internacional*, año VIII, N° 16, 2002, p. 85.

³⁹³ El artículo 8 de la Decisión 425 'Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina' establece:

“Las Resoluciones de la Secretaría General deberán ajustarse a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena,

Lo común a las Decisiones y las Resoluciones es su “polivalencia normativa”. QUINDIMIL ha advertido acertadamente lo siguiente:

*“Las Decisiones andinas, tanto del CAMRE como de la Comisión, se nos presentan como normas jurídicas polivalentes, pues detrás de dicha expresión se ocultan realidades normativas diferentes con distinto alcance jurídico. En efecto, esta polivalencia jurídica de las Decisiones se manifiesta en cuanto a sus destinatarios, a su contenido y a los ámbitos en los que son dictadas. (...) puede resultar de gran utilidad realizar un ejercicio comparativo con la normativa derivada europea, expresada mediante reglamentos, directivas y decisiones. Así, desde un enfoque comunitario europeo, las Decisiones andinas se nos presentan como un género normativo poliédrico en el que encajarían las normas obligatorias básicas de la UE (...) tanto las Decisiones como las Resoluciones andinas pueden ir dirigidas a regular situaciones de muy diversa índole, con lo que, en consecuencia, tendrían diferentes alcances jurídicos en función de la competencia material que estuviera ejecutando el órgano emisor del acto correspondiente”*³⁹⁴ (el énfasis es nuestro).

Avanzando en la presentación del Derecho derivado andino, cabe añadir que mientras las Resoluciones de la SGCA son directamente aplicables en los países miembros desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, a menos que las mismas señalen una fecha posterior³⁹⁵; las Decisiones pueden ser directamente aplicables en los mismos términos o requerir, por el contrario, la adopción de medidas nacionales de incorporación al Derecho interno (artículo 3 del TCTJCA).

en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las competencias que el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal confieren a la Secretaría General y sin menoscabo de la facultad del Secretario General de acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme a lo previsto en su Tratado de Creación”.

³⁹⁴ *Instituciones y Derecho...*, op. cit., pp. 191, 192 y 197.

³⁹⁵ Es de advertir que la aplicación directa de las Resoluciones de la SGCA (artículo 3 del TCTJCA) no se encontraba contemplada en el sistema andino anterior de la JUNAC, lo que sugiere que se le quiso imprimir a este órgano comunitario una mayor ejecutividad y eficacia a sus decisiones (Cfr. MARÍÑO FAGES, J. R. J., *La supranacionalidad en los procesos de integración regional*, Mave, Buenos Aires, 1999, p. 211).

Mientras las Resoluciones de la SGCA de alcance individual pueden ser objeto en sede administrativa de un recurso de reconsideración³⁹⁶; las de alcance general (y las de alcance individual), así como las Decisiones y los Convenios, pueden ser objeto de una acción de nulidad dentro del plazo de dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Resolución, Decisión o Convenio objeto de dicha acción³⁹⁷. Los países miembros solo podrán intentar la acción de nulidad “en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo”³⁹⁸. En el marco de dicha acción, se puede solicitar de manera excepcional la suspensión de la Resolución, Decisión o Convenio³⁹⁹.

La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la Resolución, Decisión o Convenio en cuestión, por lo que los Estados se encuentran obligados a cumplirla. A su vez, es pertinente recordar que aunque hubiere expirado el plazo de dos años para presentar la acción de nulidad, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces nacionales, podrá solicitar la inaplicabilidad de la Resolución, Decisión o Convenio al caso concreto, siempre que la misma se relacione con la aplicación de tal instrumento y su validez se cuestione⁴⁰⁰. Presentada la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Resolución, Decisión o Convenio al TJCA y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del

³⁹⁶ Sobre el recurso de reconsideración, véanse los artículos 37, 41, 43, 44 y 45 de la Decisión 425.

³⁹⁷ Artículo 20 del TCTJCA.

³⁹⁸ Artículo 18 del TCTJCA.

³⁹⁹ STJCA de 15.7.2009, Proceso 5-AI-2007, p. 27.

Sobre la suspensión provisional de la ejecución de la Resolución, Decisión o Convenio, el artículo 105 del ETJCA establece lo siguiente:

Artículo 105.- Suspensión provisional y medidas cautelares

La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados.

Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad u otras medidas cautelares, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre ésta y aquélla;
2. Si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, además, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,
3. Si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda.

Si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia que defina el proceso no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá asimismo disponer otras medidas cautelares.

⁴⁰⁰ Artículos 17 y 20 del TCTJCA.

mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquel⁴⁰¹.

2.2.1. Las Decisiones del CAMRE y de la Comisión de la CAN

El ordenamiento jurídico andino brinda un tratamiento conjunto a las “Decisiones” emanadas por el CAMRE y por la Comisión, actuando cada institución en los ámbitos materiales en los que tiene reconocido un poder decisorio.

En relación con el reparto del poder decisorio y la consiguiente existencia paralela de Decisiones del CAMRE y Decisiones de la Comisión, QUINDIMIL ha observado que:

“[l]a experiencia ha puesto de manifiesto que la relación entre ambos tipos de Decisiones no es conflictiva, como pone de relieve el hecho de que el Tribunal Andino no haya conocido de ningún caso en el que se plantease un conflicto de competencias entre ambos órganos comunitarios”⁴⁰².

Las Decisiones pueden operar en todos los ámbitos de competencia de la CAN y tener como destinatarios bien a los particulares, bien a los órganos comunitarios o bien a los países miembros. A los efectos de la presente tesis, las que reclaman nuestra atención son las dirigidas a los países miembros. La naturaleza jurídica normativa de estas puede presentar una mayor o menor intensidad, según contengan una regulación completa o bien se limiten a fijar un objetivo y dejen libertad a los Estados para decidir cómo alcanzarlo. Esto es, las Decisiones pueden contener tanto regulaciones exhaustivas (régimen común), como limitarse a señalar un objetivo que los Estados luego deberán alcanzar (régimen armonizado).

⁴⁰¹ En ámbito europeo, MARTÍNEZ CAPDEVILA afirma que “los medios directos e indirectos de control de la legalidad del Derecho comunitario derivado deberían considerarse mecanismos complementarios, de modo que la posibilidad (no ejercitada) de haber podido interponer un recurso de anulación no debería cerrar la vía a la cuestión prejudicial de validez ni a la excepción de ilegalidad. Este carácter cumulativo desaparecería sólo cuando entrara en juego la ‘doctrina del acto consentido’, aplicable a las decisiones de alcance individual” (“El recurso de anulación, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad: ¿vías complementarias o alternativas?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 20, Año N° 9, 2005, pp. 135 ss., p. 173).

⁴⁰² *Instituciones y Derecho...*, op. cit., p. 189.

Sobre el régimen armonizado, la jurisprudencia andina ha señalado que:

“[e]l régimen de armonización normativa tiene como característica fundamental la aproximación de las legislaciones de los países miembros, sin que esta armonización exceda de los parámetros establecidos; en otras palabras, la armonización significa la reducción de diferencias de las legislaciones de los países miembros a partir de la identificación de elementos comunes y del establecimiento de normativas que estén destinadas a una reducción progresiva de las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, sin que ello conlleve la imposición o establecimiento de un régimen común, desde que en el régimen armonizado solo se pretende disminuir las diferencias a través de la aproximación de legislaciones, en tanto que los países miembros mantienen un margen de maniobra, regulado a través de una estrategia o programa, destinado a reducir de forma gradual las mismas (...) Por lo expuesto, un régimen armonizado implica que los Estados van a ir modificando sus legislaciones de manera independiente a la de los otros países miembros en el marco de una estrategia diseñada por éstos o por la Comisión, la cual debe buscar el cumplimiento y efectividad de los objetivos perseguidos por la Comunidad Andina”⁴⁰³.

Mediante la Decisión armonizadora, la CAN induce a los países miembros a cambiar su legislación interna dentro de ciertos plazos; no se sustituyen las disposiciones jurídicas internas, sino que se respetan las competencias legislativas nacionales. La modificación de los ordenamientos internos puede producirse por la adopción de una nueva legislación o, más normalmente, por la adaptación de la legislación nacional existente en la materia para conformarla a la Decisión de que se trate. Evidentemente, en caso que el ordenamiento interno ya permite lograr los objetivos que marca la Decisión, no será preciso que el Estado en cuestión haga nada para transponer la Decisión.

La CAN debe fijar en el régimen armonizado un plazo prudencial para que los Estados ajusten sus ordenamientos internos, pero no siempre sucede. Es un problema que algunas de las Decisiones andinas que armonizan no cuenten con un plazo para su

⁴⁰³ STJCA de 19.6.2013, Proceso 1-AN-2010, p. 23.

transposición⁴⁰⁴, pues, como ha escrito ALONSO GARCÍA, resulta “prácticamente imposible intentar extraer consecuencias de una posible ausencia de tal concreción, en la medida en que el Estado miembro, en cuanto destinatario formal (...), siempre podría invocar su libertad en cuanto a la elección del momento de ejecución”⁴⁰⁵.

Por otro lado, sobre el régimen común, la jurisprudencia andina ha precisado que:

“[e]l régimen común resulta ser propio de la naturaleza supranacional de la Comunidad, debido a que la Comisión no es ya la llamada a establecer una estrategia de aproximación de las legislaciones de los países miembros, sino que se constituye en el órgano comunitario encargado de emitir una norma común para ellos, la cual no permite variaciones entre cada país ni concede un margen de maniobra a los Estados sobre el modo de emplear la misma. Dado que se trata de una norma aplicable a todos los países miembros, esta debe ser entendida y aplicada en un solo sentido por parte de ellos, pues la interpretación de las mismas es de competencia exclusiva de este Tribunal (...) y solo se permitirán normas emitidas en desarrollo de la norma común por la vía interna cuando esta esté destinada a garantizar el cumplimiento y la efectividad de la misma en el plano interno, a través del principio de complemento indispensable”⁴⁰⁶.

En la UE, se identifican los efectos unificador en el caso de los Reglamentos y armonizador en el caso de las Directivas. En palabras de ALONSO GARCÍA:

“[u]nificador en el caso de los Reglamentos, con un Derecho igual para todos los Estados miembros, excluyente de variedades internas al respecto, susceptible de incidir por sí en la esfera de los ciudadanos; *armonizador en el caso de las*

⁴⁰⁴ Por ejemplo, la Decisión 388 ‘Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes’ no establecía plazo alguno para su transposición. Solo posteriormente, mediante las Decisiones 599 (‘Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado’) y 635 (‘Modificación de las Decisiones 599 y 600 relativas a la Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado y Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo’), la CAN definió los plazos que observarían los países miembros para dar cumplimiento a la Decisión 388, norma de armonización en materia del IVA. Al respecto, véase MONTAÑO GALARZA, C., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2013, p. 4.

⁴⁰⁵ *Sistema Jurídico...*, op. cit., p. 127.

⁴⁰⁶ STJCA de 17.11.2009, Proceso 2-AN-2007, pp. 19-20; y, STJCA de 19.6.2013, Proceso 1-AN-2010, pp. 23-24.

Directivas, en el sentido de aproximación de normativas nacionales que, conservando su especificidad propia, convergerían hacia esa normativa básica común, lo que implica un Derecho también igual para todos los Estados miembros, pero de carácter más general, referido al objetivo a alcanzar, permitiendo, por tanto, particularidades dentro de esa igualdad normativa general, y necesitado de complemento nacional para afectar a los ciudadanos”⁴⁰⁷ (el énfasis es nuestro).

Por su parte, en la CAN, una Decisión que obliga a los países miembros a adaptar su Derecho interno a la misma sería equivalente a una Directiva de la UE, pero una Decisión podría, por su alcance uniformizador, equipararse también a un Reglamento.

El propio TJCA parece haber admitido esta equivalencia entre el Derecho derivado andino y el de la UE; así, por ejemplo, ha manejado una sentencia del TJCE relativa a la figura de los Reglamentos de la UE al hilo de una Decisión de la CAN:

“En relación con este tema merece citarse la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de febrero 11 de 1971 —Caso 39/70— en el cual se afirma que la aplicación uniforme de las normas comunitarias no permite que se expidan normas nacionales sobre el mismo asunto, a menos que estas sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas (...) las autoridades nacionales no pueden sujetar a los importadores a requisitos adicionales provenientes de la ley nacional, especialmente si tales requisitos resultan incompatibles con los criterios que inspiran la norma comunitaria (...)”⁴⁰⁸.

Como estamos viendo, el Derecho derivado de la UE es, en este sentido, mucho más claro por esta distinción entre los “Reglamentos” y las “Directivas”⁴⁰⁹, aunque

⁴⁰⁷ *Sistema Jurídico...*, op. cit., p. 127.

⁴⁰⁸ STJCA de 25.5.1988, Proceso 2-IP-88, pp. 4-5.

⁴⁰⁹ El artículo 288 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE) prescribe:

“Artículo 288.- Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, solo será obligatoria para estos.

también hay que atender al contenido efectivo de la medida de que se trate.

En la CAN no se produce esta correspondencia entre la figura (genérica) de la “Decisión” y sus efectos jurídicos para los Estados. Constituye un verdadero problema que todas las Decisiones andinas se denominen de esta manera (“Decisión”) sin tomar en cuenta si uniformizan o armonizan. Más aún, cuando en la CAN no existe un estudio pormenorizado sobre las distintas Decisiones que uniformizan o armonizan⁴¹⁰.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

⁴¹⁰ A título de ejemplo, cabe referir las siguientes Decisiones uniformizadoras:

- Decisión 291: Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.
- Decisión 324: Arancel externo común, Programa de liberación e incentivos a las exportaciones intrasubregionales.
- Decisión 345: Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales.
- Decisión 351: Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.
- Decisión 366: Modificación de la Disposición Transitoria Tercera de la Decisión 345.
- Decisión 391: Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos.
- Decisión 423: Modificación de la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391: Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos.
- Decisión 448: Modificación de la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391: Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos.
- Decisión 486: Régimen común sobre propiedad industrial.
- Decisión 570: Actualización de la nomenclatura común – Nandina.
- Decisión 632: Aclaración del segundo párrafo del artículo 266 de la Decisión 486.
- Decisión 653: Actualización de la nomenclatura común – Nandina.
- Decisión 657: Actualización del Arancel Integrado Andino (Arian).
- Decisión 675: Modificaciones a la Decisión 653 actualización de la nomenclatura común Nandina.
- Decisión 689: Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 (Régimen común sobre propiedad industrial) para permitir el desarrollo y profundización de derechos de propiedad industrial a través de la normativa interna de los países miembros.
- Decisión 703: Modificaciones del texto único de la nomenclatura común Nandina establecido por las Decisiones 653 y 675 (actualización de la nomenclatura común Nandina).
- Decisión 722: Modificaciones del texto único de la nomenclatura común Nandina establecido por las Decisiones 653, 675 y 703 (actualización de la nomenclatura común Nandina).
- Decisión 766: Actualización de la nomenclatura común (Nandina).

Por otro lado, de manera ilustrativa, pueden citarse como Decisiones armonizadoras:

- Decisión 282: Armonización de franquicias arancelarias.
- Decisión 330: Eliminación de subsidios y armonización de incentivos a las exportaciones intrasubregionales.
- Decisión 388: Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes.
- Decisión 420: Armonización de mecanismos de financiamiento y seguro de crédito a las exportaciones intrasubregionales.
- Decisión 454: Lineamientos para negociación multilateral sobre agricultura en la OMC, la armonización de derechos consolidados y contingentes arancelarios y coordinación ante la OMC para productos agropecuarios entre los países miembros.
- Decisión 516: Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos.
- Decisión 599: Armonización de aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos tipo valor agregado.
- Decisión 600: Armonización de los impuestos tipo selectivo al consumo.
- Decisión 618: Incorporación progresiva del anexo general y referencia de los anexos específicos del Convenio Internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (Convenio de Kyoto).

En otras palabras, se debe hacer caso omiso del nombre con el cual fueron adoptados (“Decisión”) e, incluso, de su título (pues hay títulos equívocos). Por ejemplo, algunas Decisiones si bien se titulan de “armonización”, del análisis de su contenido se advierte que, en realidad, se tratarían de “regímenes comunes solapados”. El Tribunal Andino ha señalado sobre la Decisión 388 titulada ‘Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes’, lo siguiente:

“[l]a *Decisión 388 de la Comisión* [‘Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes’], *en aplicación del principio de complementación indispensable de la normativa comunitaria*, reconoce a los países miembros de la Comunidad Andina, la facultad para concebir los desarrollos que consideren necesarios para la aplicación efectiva y cabal en sus respectivos territorios, *del régimen común sobre Armonización* de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes”⁴¹¹ (el énfasis es nuestro).

De la parte enfatizada, se trasluce esta grave contradicción y confusión: “*del régimen común sobre Armonización* de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes” (el énfasis es nuestro). Esta confusión también se puede apreciar en la sentencia del Proceso 50-IP-2006, donde el Tribunal Andino resolvió:

“*La Decisión 388*, prevalece sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con dicha Decisión, *conforme a los principios de aplicación inmediata y primacía de la norma comunitaria*. De no ser así,

-
- Decisión 619: Normas para la armonización de los derechos y obligaciones de los usuarios, transportistas y operadores de los servicios de transporte aéreo en la CAN.
 - Decisión 635: Modificación de las Decisiones 599 y 600 relativas a la Armonización de aspectos sustanciales y procedimentales de los impuestos tipo valor agregado y armonización de los impuestos tipo selectivo al consumo.
 - Decisión 659: Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización normativa.
 - Decisión 671: Armonización de regímenes aduaneros.
 - Decisión 706: Armonización de legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal.
 - Decisión 756: Estadísticas armonizadas de balanza de pagos en la CAN.
 - Decisión 777: Modificación de la Decisión 516: “Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos”.
 - Decisión 782: Programa de armonización de estadísticas y cuentas satélite de la cultura.
 - Decisión 784: Modificación de la Decisión 706: “Armonización de legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal”.

⁴¹¹ STJCA de 27.7.2005, Proceso 76-IP-2005, pp. 8-9.

resultaría imposible alcanzar la meta propia del Derecho comunitario *de lograr un régimen uniforme para todos los países de la Comunidad* y los objetivos del Proceso de Integración de la Comunidad Andina”⁴¹² (el énfasis es nuestro).

MONTAÑO GALARZA fue de los primeros autores en advertir que adjudicar los principios de aplicación inmediata y primacía de la norma comunitaria a la Decisión 388 ‘Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes’, resultaría:

“[p]olémico, pues por una parte, se defiende la aplicación directa e inmediata de las normas de armonización por sobre las nacionales incompatibles —criterio reiterado en fallos posteriores— y, por otro lado, se confunde al régimen de armonización con un régimen uniforme, casos obviamente disímiles”⁴¹³.

Continúa MONTAÑO GALARZA señalando que el hecho de que la CAN adopte un régimen de armonización demuestra justamente que aquella no posee la competencia en la materia, por lo que no es dable que mediante la interpretación y la aplicación de la Decisión 388 titulada ‘Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes’, el TJCA otorgue a la CAN competencias que no tiene, lográndose indebidamente un resultado que es imposible de concretar mediante normas de armonización de naturaleza incompleta.

En conclusión, la previa y clara distinción entre los regímenes armonizado y común resulta imprescindible para poder determinar adecuadamente la responsabilidad patrimonial del Estado. A nuestro parecer, la consecuencia más inmediata y grave de confundir ambos regímenes es que se olvida que en el régimen armonizado hay margen para la discreción de los países miembros y que, por tanto, la apreciación de una eventual violación será más difícil.

En principio, únicamente las Decisiones normativas armonizadoras dejarían margen de apreciación; mientras que las uniformizadoras no. Sin embargo, puede suceder que se trate de una Decisión en apariencia armonizadora que sea tan detallada y

⁴¹² STJCA de 5.7.2006, Proceso 50-IP-2006, p. 11.

⁴¹³ “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia...”, *op. cit.*, p. 12.

exhaustiva que constituya en los hechos una norma uniformizadora; al contrario, puede suceder que se trate de una Decisión uniformizadora que, sin embargo, en algún aspecto concreto, deje margen de apreciación a los países miembros.

Aún cuando no existe jurisprudencia andina, ni tampoco se ha tomado en cuenta el concepto del “margen de apreciación” en las Decisiones andinas, respecto de las que armonizan, la SGCA y el TJCA deberían controlar que su ejecución sea realizada dentro del plazo y de manera correcta.

En este punto, inspirándonos en la jurisprudencia europea, pensamos que la no transposición dentro del plazo de una Decisión andina que armoniza (omisión) constituye de manera automática un “incumplimiento flagrante” del Derecho comunitario. Sin embargo, en el caso de la transposición incorrecta de una Decisión andina (acción), entraría en juego el test del incumplimiento flagrante por existir un amplio margen de apreciación por parte de los países miembros. El juez nacional en su rol de “juez comunitario” —auxiliado, en su caso, por una interpretación prejudicial del TJCA— deberá dilucidar si se trata o no de un incumplimiento flagrante, tomando en cuenta la conformidad de la norma nacional con la comunitaria sobre la base del criterio propuesto del margen de apreciación de los países miembros respecto de la disposición o norma vulnerada.

En cambio, si luego de analizar el contenido claro, preciso e incondicional de la norma, un operador jurídico identifica que al tratarse de una norma completa y *self executing* es un “régimen común”, deberá concluir que no existe margen de apreciación por parte de los países miembros. Como regla general, cuando la disposición sea clara, precisa e incondicional y no concorra margen para la valoración estatal, el mero incumplimiento de una norma uniformizadora podrá ser calificado de flagrante.

Aunque, en principio, las Decisiones uniformizadoras excluyen la adopción de normativa nacional en las materias abordadas por aquellas, excepcionalmente, sobre la base del principio del complemento indispensable, en la CAN se permitirán normas nacionales siempre y cuando sean necesarias para desarrollar la Decisión uniformizadora, lo cual no implica de ninguna manera que esta facultad excepcional deje margen de apreciación a los países miembros. En este sentido, el incumplimiento

de una Decisión uniformizadora por un país miembro no dejará de ser flagrante, por más que este haya podido adoptar normativa nacional en desarrollo de aquella. Es más, si dicha normativa resultara ser contraria a la Decisión, su adopción constituirá un incumplimiento de esta última.

2.2.2. Las Resoluciones de la SGCA

Como hemos avanzado, las Resoluciones de la SGCA pueden ser de dos tipos: de alcance general (normativas) o de alcance individual (actos administrativos con efectos particulares). Las primeras, que suelen denominarse “Reglamentos”, se dictan en desarrollo del Acuerdo de Cartagena o de Decisiones y contienen una regulación exhaustiva; son normas de “régimen común” que, en principio, no dejan margen de apreciación a los países miembros. En este sentido, todo lo que hemos desarrollado sobre las Decisiones uniformizadoras resulta aplicable a este tipo de instrumentos, por lo que a continuación nos centraremos en las Resoluciones de la SGCA como actos administrativos con alcance particular.

A través de este tipo de Resoluciones, la SGCA viene a aplicar *ad casum* la regulación contenida en el Derecho originario o el Derecho derivado. Un buen ejemplo de ello son las Resoluciones en las que califica una medida de un país miembro como gravamen o restricción al comercio intrasubregional y, como tal, contraria al “Programa de liberación”.

La equiparación de estas Resoluciones a los actos administrativos nacionales ha sido correctamente declarada por el TJCA; así, a su juicio, “la Resolución que califica la medida adoptada por un país como restricción al comercio intrasubregional, y en ese sentido concede al mencionado país un plazo para que informe acerca del levantamiento de la referida medida, tiene efectos jurídicos particulares, similar al que tiene un acto jurídico emitido por autoridad competente, como es el caso del acto administrativo emitido por una entidad de la Administración Pública”⁴¹⁴.

⁴¹⁴ STJCA de 26.8.2016, Proceso 2-AN-2015, p. 16.

Respecto de la Resolución de alcance particular, el TJCA ha declarado que es “aplicable de manera inmediata y de forma directa (...); es decir, debía ser acatada desde su publicación, ya que no había sido declarada nula, suspendida su aplicación, o inaplicada para un caso concreto. Por lo tanto, la demandada tenía que dejar sin efecto las medidas calificadas como restricción al comercio intrasubregional, en el plazo establecido en el numeral 2 de la mencionada Resolución y no lo hizo”⁴¹⁵.

En el supuesto que se demande al país que incumplió la Resolución, el Tribunal ha determinado claramente que en una acción por incumplimiento no es posible desvirtuar dicha infracción argumentando la invalidez de la Resolución⁴¹⁶, puesto que lo único que debe verificar el TJCA —de manera objetiva— es si el Estado cumple o no la Resolución.

De tal forma que el incumplimiento de una Resolución calificando una medida nacional como un gravamen o una restricción al comercio intrasubregional reviste el carácter de objetivo y continuado, ya que, a pesar que la SGCA emitió una Resolución —que incluye un plazo para que el país miembro retire el gravamen o restricción—, el Estado no la cumple y continúa con su conducta infractora. El plazo establecido en la Resolución —el cual “no excederá de un mes”⁴¹⁷— impone una clara obligación para que el país miembro retire el gravamen o restricción y su incumplimiento constituye una infracción concreta, fácilmente identificable y formal del Derecho comunitario, que no puede ser justificada bajo ninguna circunstancia. Es una violación simple y objetiva de un compromiso preciso e incondicional impuesto por los tratados.

Sobre el incumplimiento de una Resolución, la SGCA ha manifestado lo siguiente:

⁴¹⁵ STJCA de 15.7.2009, Proceso 5-AI-2007, pp. 23-24.

⁴¹⁶ El TJCA ha declarado que: “Dentro de un proceso de incumplimiento por inobservancia de una Resolución que califique una medida interna como ‘restricción’ a las importaciones intracomunitarias, no resulta admisible que el país miembro demandado pretenda desvirtuar los argumentos o la parte decisoria de tal Resolución, pues la vía apropiada para dicho efecto es la correspondiente acción de nulidad, debiendo entenderse que si el país afectado no ejerció su derecho de impugnación, de manera oportuna y a través de la acción pertinente, implícitamente habrá consentido el acto que no recurrió en tiempo y forma debidos”. Véase la STJCA de 13.10.2000, Proceso 43-AI-99, p. 14. La anterior posición también fue adoptada por la STJCA de 24.3.1997, Proceso 3-AI-96 pp. 23-24. Ver además: STJCA de 15.7.2009, Proceso 5-AI-2007, pp. 21-26.

⁴¹⁷ Artículo 55 de la Decisión 425.

“[l]lama la atención de este organismo que, a pesar de que la medida (...) fue calificada por la Secretaría General como restrictiva al comercio mediante la Resolución 897, en la cual se otorgó un plazo de 15 días para dejar sin efecto la medida; el Ecuador decidió renovar la medida restrictiva en ella contenida a través de la Resolución 368 del COMEXI, con lo cual la conducta restrictiva ecuatoriana se configura en un incumplimiento flagrante y continuado”⁴¹⁸.

Cabe indicar, además, que las Resoluciones de la SGCA son actos de un alto grado de claridad y de precisión y, al pronunciarse específicamente sobre el caso en concreto, tienen efectos particulares y no dejan margen de apreciación al país miembro, por lo que su incumplimiento es de carácter inexcusable.

En resumidas cuentas, con la emisión de una Resolución (acto administrativo) nace una obligación precisa para el país miembro, esto es, cumplir dicha Resolución que ahora forma parte del ordenamiento jurídico andino (artículo 1 del TCTJCA). Así las cosas, el eventual incumplimiento de dicha Resolución constituye un incumplimiento “objetivo”; el cual, de conformidad con la jurisprudencia andina, tiene la calificación de flagrante.

Sobre este rol de la SGCA, cabe tomar en cuenta que si una norma de la CAN (de los tratados o contenida en una Decisión) deja margen de apreciación a los Estados, la SGCA tendrá también que ser muy cauta a la hora de calificar una medida nacional como gravamen o restricción, pues el incumplimiento del Derecho comunitario no sería evidente.

⁴¹⁸ Dictamen 5-2007 de la SGCA de 1.6.2007, p. 6.

2.2.3. Dos casos prácticos

Tras examinar las Decisiones y las Resoluciones de la CAN, estudiaremos dos casos prácticos sobre las patentes *pipeline* y de segundo uso (asunto *Viagra*)⁴¹⁹, donde se incumplieron normas del “Régimen Común sobre Propiedad Industrial” —que en principio no dejaban margen de apreciación a los países miembros— y se mantuvieron dichos incumplimientos después de haber sido constatados por el TJCA, para determinar cómo podría haber jugado en ellos el régimen de responsabilidad patrimonial. En ambos casos el incumplimiento que se aprecia no es solo de Decisiones uniformizadoras, también es de sentencias del TJCA.

2.2.3.1. El asunto *Pipeline*

En la CAN se adoptó la doctrina conocida como de “novedad absoluta”⁴²⁰, negándose los países miembros a proteger medicinas patentadas en otros países durante los años en que era imposible solicitar patentes farmacéuticas en los países andinos. La llamada figura del *pipeline* consiste en un mecanismo de transición para otorgar protección a productos que no eran patentables en países que se encontraban modificando su normativa sobre patentes.

A manera de ejemplo, si un país inició el proceso de concesión de patentes farmacéuticas en 1995, un fármaco que fue inventado en 1991 no habría podido ser

⁴¹⁹ Estos casos fueron extraídos del artículo: HELFER, L., ALTER, K. y GUERZOVICH, F., “Islands of effective international adjudication...”, *op. cit.*, pp. 23-34. Además, se tomó especialmente en cuenta el artículo publicado por OTERO LASTRES, J. M., “La propiedad intelectual, papel dentro del proceso de integración comunitario: tres casos, *pipeline*, patentes de segundo uso y datos de prueba”, *II Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2011, pp. 85 ss.

⁴²⁰ El requisito de la “novedad absoluta” de una invención implica que para que un invento sea nuevo y no se encuentre en el estado de la técnica, no puede haber sido conocido ni dentro del territorio en el que se solicita la patente, ni en ningún otro país. Es lo que se conoce como el alcance universal de la novedad, pues no basta que un invento sea nuevo y no esté en el estado de la técnica de un territorio dado, sino que tampoco lo esté en el resto del mundo, salvo el año de prioridad a que se refiere el artículo 12 de la Decisión 344. La novedad absoluta, como criterio para determinar la patentabilidad de una invención, se ha venido abriendo camino en el ámbito internacional. Así en el Reino Unido a partir de 1977 (Patents Act inglesa). En la República Federal Alemana se empezó a exigir la novedad absoluta a partir de la ley de 16 de diciembre de 1980. En la actualidad, en los Estados miembros de la Unión Europea se ha impuesto la exigencia de la novedad absoluta como una de las consecuencias de las patentes europeas, según el Tratado de Múnich de 5 de octubre de 1963. Véase: BERCOVITZ, A., “Protección de la Tecnología”, *Revista del Derecho Industrial*, N° 35, Depalma, 1990, p. 321. Citado en la STJCA de 30.10.1996, Proceso 1-AI-96, p. 27.

patentado al momento de su creación. Una interpretación estricta del concepto de novedad (absoluta) concluiría que dicho fármaco tampoco era patentable en 1995, porque cuando el alcance de la protección de patente fue cambiado para hacer fármacos patentables, ya no cumplía con el requisito de la novedad absoluta.

En el caso bajo estudio, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) permitió, sobre la base de un decreto presidencial, el otorgamiento de 23 patentes *pipeline* a favor de las empresas farmacéuticas Pfizer y Novartis. Ante ello, los productores nacionales de medicamentos genéricos entablaron una acción ante los tribunales, alegando que dicho decreto presidencial era contrario a la normativa comunitaria. Un tribunal administrativo ecuatoriano remitió el caso al TJCA, el cual emitió una sentencia (prejudicial), aclarando que el régimen común de propiedad industrial exige como requisito de patentabilidad la “novedad absoluta” (Proceso 6-IP-94)⁴²¹. No obstante, el juez nacional no acogió el pronunciamiento del TJCA y, en su lugar, confirmó la aplicación de la norma nacional contraria al Derecho comunitario.

Tras la sentencia nacional en contrario, la JUNAC presentó una acción por incumplimiento en contra del Ecuador, argumentando que el decreto presidencial *pipeline*, así como la sentencia del juez nacional, violaron el requisito de novedad absoluta exigido por la normativa y jurisprudencia andina. Por su parte, Ecuador defendió el decreto presidencial, afirmando que este se encontraba dentro del margen de apreciación del que gozan los países miembros, a fin de adoptar normas nacionales que “fortalezcan los derechos de propiedad industrial previstos” en la Decisión 344 'Régimen Común sobre Propiedad Industrial'⁴²², de conformidad con la excepción del complemento indispensable.

En un segundo pronunciamiento (Proceso 1-AI-96), el TJCA declaró inaplicable el decreto presidencial, interpretando teleológicamente la palabra “fortalecer” y argumentando que las normas nacionales deben complementar el sistema regional y, en

⁴²¹ STJCA de 9.12.1994, Proceso 6-IP-94, pp. 23-24.

⁴²² El artículo 143 de la Decisión 344 prescribe:

“Los países miembros, mediante sus legislaciones nacionales o acuerdos internacionales, podrán fortalecer los derechos de Propiedad Industrial conferidos en la presente Decisión. En estos casos, los países miembros se comprometen a informar a la Comisión acerca de estas medidas”.

ningún caso, contradecirlo⁴²³. En cuanto al principio *pipeline*, señaló que este no se encuentra reconocido expresamente en la legislación andina, por lo que tampoco resultaba aplicable. Por lo tanto, el TJCA determinó el desplazamiento de la norma interna, “la cual deviene inaplicable en cuanto resulte incompatible con las previsiones del Derecho comunitario”⁴²⁴.

Si bien la Decisión 344 'Régimen Común sobre Propiedad Industrial' permitía la regulación de la norma comunitaria a través de la legislación nacional en los asuntos no comprendidos por ella, “el desarrollo de esta es esencialmente reglado, lo que significa que la facultad reglamentaria debe ceñirse a desarrollar el contenido señalado en la ley dentro de los límites fijados por esta, hasta el punto de que la facultad reglamentaria está limitada por el propósito de hacer viable la norma superior que se reglamenta. Con el anterior comentario, no pretende el Tribunal comunitario menoscabar en lo más mínimo la potestad reglamentaria de que están investidos los Jefes de Estado de los países miembros”⁴²⁵.

Ecuador había violado la norma andina al conceder ventajas para patentar en su propio país. De manera que actuó de forma desleal, tomando en consideración el régimen común aplicado en los demás países andinos. Esencialmente, el TJCA dejó sentado que el principio del *pipeline* no se encuentra contemplado en la legislación andina, por lo que cualquier patente solicitada sobre la base de él deberá ser denegada o, en su caso, ser anulada la ya concedida.

Finalmente, el Ecuador adoptó un nuevo decreto que derogaba la normativa nacional que regulaba las patentes *pipeline*, por lo que el IEPI tuvo que rechazar por lo menos 120 solicitudes presentadas por empresas extranjeras.

2.2.3.2. El asunto *Patentes de segundo uso*

El requisito andino de la “novedad absoluta” —objeto del caso anterior *pipeline*— también prohíbe el reconocimiento de las llamadas “patentes de segundo uso”, que son

⁴²³ STJCA de 30.10.1996, Proceso 1-AI-96, p. 30.

⁴²⁴ *Ibídem*, p. 31.

⁴²⁵ *Ibídem*, p. 29.

patentes inicialmente concedidas para un propósito pero que, posteriormente, se encuentra que sirven para otro fin independiente. Las Decisiones 344 y 486 rechazaron categóricamente las patentes de segundo uso⁴²⁶, estableciendo expresamente que: “Los productos o procedimientos ya patentados, comprendidos en el estado de la técnica (...) no serán objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial”⁴²⁷.

Se dio el caso que la compañía farmacéutica Pfizer descubrió que su medicamento *pyrazolpyrimidinones* (Viagra) tenía un efecto secundario para el tratamiento de la impotencia masculina y solicitó el patentamiento de dicho segundo uso. El INDECOPI del Perú cumplió con aplicar la normativa andina y rechazó tres solicitudes presentadas por Pfizer.

Sin embargo, en junio de 1997, el presidente Alberto Fujimori emitió un decreto que pretendía “facilitar la correcta aplicación” de varios artículos de la Decisión 344 'Régimen Común sobre Propiedad Industrial'. El artículo 4 del decreto nacional reconocía las patentes de segundo uso del siguiente modo: “Aclárese que de conformidad con el artículo 43 del Decreto 823 un uso distinto al comprendido en el estado de la técnica será objeto de nueva patente si cumple con los requisitos establecidos en el artículo 22° del Decreto Legislativo 823”⁴²⁸.

⁴²⁶ Resulta interesante rescatar que esta negativa de reconocer patentes de segundo uso en toda la región andina sigue siendo hasta hoy una de las principales molestias para la industria farmacéutica de EE.UU. Según los autores HELFER, ALTER y GUERZOVICH, un informe dirigido a la Oficina del Representante Comercial de EE.UU., le otorga de lleno al TJCA la culpa de este estado de cosas: “The Andean Court of Justice (ACJ) issued several legal opinions (...) forcing Andean Community members to refuse recognition of patents for second uses (...) Such decisions constitute law in Bolivia, Colombia, Ecuador, and Peru. Andean member countries have either been compelled by the ACJ not to grant second use patents or chosen to honor Andean Community obligations (...) The failure to provide patents for second uses particularly affects the pharmaceutical industry, which dedicates many of its research dollars to evaluating additional therapeutic benefits of known molecules (second uses) in order to provide effective solutions for unsatisfied medical needs. The ACJ position is dispositive on the issue and no further domestic appeals/remedies are possible”. Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA), Special 301 Submission 236 (2008), pp. 169-170, disponible en: <http://www.phrma.org/sites/default/files/pdf/PhRMA%20Special%20301%20Submission%202013.pdf>
Citado en: HELFER, L., ALTER, K. y GUERZOVICH, F., “Islands of effective international adjudication...”, *op. cit.*, p. 30.

⁴²⁷ Artículos 16 de la Decisión 344 y 21 de la Decisión 486.

⁴²⁸ Decreto Supremo N° 10-97-ITINCI publicado en el Diario Oficial “El Peruano” de 6.6.1997.

Ante ello se dio el Proceso 7-AI-99 en el cual el TJCA estimó la demanda interpuesta por la SGCA y declaró el incumplimiento del Perú por haber otorgado patentes de segundo uso sobre la base del Decreto Supremo 10-97-ITINCI⁴²⁹.

Posteriormente, la Asociación de Industrias Farmacéuticas Nacionales (ADIFAN) informó a la SGCA y denunció que la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI (Perú) otorgó patente de invención al producto denominado “Pirazolopirimidinona para el tratamiento de la impotencia” a favor de Pfizer Research and Development Company N.V./S.A de Irlanda⁴³⁰.

La SGCA abrió la fase precontenciosa, dictaminó el incumplimiento del Perú y presentó la demanda ante el TJCA (Proceso 89-AI-2000). ADIFAN y la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (ASINFAR) intervinieron como coadyuvantes del lado de la SGCA.

En su resolución el TJCA confirmó la prohibición de las patentes de segundo uso y declaró que el Perú debía “dejar sin efecto la patente concedida a Pfizer”⁴³¹, ya que la norma peruana modifica de manera sustantiva el artículo 16 de la Decisión 344 'Régimen Común sobre Propiedad Industrial' en un sentido absolutamente contrario y “torna repentinamente en permisiva, una disposición comunitaria concebida con el carácter de prohibitiva (...) por la vía de una supuesta aclaración (...) introduce una excepción a este al disponer, en definitiva, que los productos o procedimientos ya patentados (...) podrán ser objeto de nueva patente, por el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial”⁴³². La República del Perú, sigue diciendo el Tribunal, bajo el supuesto de “facilitar” la adecuada aplicación

⁴²⁹ Dentro del Proceso 7-AI-99, este Tribunal ya había precisado lo siguiente: “No le era dable al gobierno peruano bajo ningún respecto dictar una norma de Derecho interno para ‘precisar’, ‘aclarar’ o ‘interpretar’ disposiciones contenidas en una Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina. Al hacerlo se vulneraron principios y normas del ordenamiento jurídico comunitario y se asumieron irregularmente competencias de naturaleza legislativa propias de organismos superiores de la Comunidad, lo cual configura una conducta de incumplimiento que es incompatible con las obligaciones adquiridas por el país miembro demandado al ingresar y hacer parte de dicha Comunidad” (STJCA de 12.11.1999, Proceso 7-AI-99, p. 19).

⁴³⁰ Mediante Resolución 000050 de 29.1.1999.

⁴³¹ STJCA de 28.9.2001, Proceso 89-AI-2000, pp. 32-37. Véase también: “Multinacional Pfizer no puede patentar principio activo del potenciador sexual Viagra en Colombia”, en ELTIEMPO.COM, 5.1.2009: http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/multinacional-pfizer-no-puede-patentar-principio-activo-del-potenciador-sexual-viagra-en-colombia_4743402-1.

⁴³² Ibídem, p. 34.

del Derecho comunitario, “altera de manera fundamental el espíritu y el alcance jurídico del artículo 16 de la referida Decisión, realizando una interpretación nacional que desnaturaliza los propósitos de la norma comunitaria concertada por los países miembros”⁴³³.

2.2.3.3. El juego de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN en ambos asuntos

En los dos asuntos estudiados se puede advertir que los países miembros adoptaron normativas nacionales contrarias al régimen común, y también vulneraron un pronunciamiento previo del TJCA. Ante estas circunstancias, nos proponemos ver cómo podría jugar el régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN que hemos presentado.

En el Proceso 1-AI-96 (asunto *Pipeline*), el TJCA estimó la demanda interpuesta por la JUNAC por la emisión de un decreto presidencial contrario al Derecho comunitario y fundamentó que el tribunal administrativo ecuatoriano, en su momento, no había acogido la interpretación prejudicial (Proceso 6-IP-94) que determinaba justamente que dicha normativa nacional vulneraba el régimen común andino⁴³⁴.

En este punto, los particulares demandantes dentro del proceso nacional —donde recayó la interpretación prejudicial 6-IP-94—⁴³⁵ podrían haber solicitado la nulidad de dicha sentencia nacional por el incumplimiento material de la interpretación del TJCA. La obligación del juez remitente de la cuestión prejudicial de seguir la interpretación que brinda el TJCA es evidente y no deja ningún tipo de margen de apreciación al juez nacional, por lo que el incumplimiento merece el calificativo de flagrante.

⁴³³ Ídem.

⁴³⁴ STJCA de 30.10.1996, Proceso 1-AI-96, pp. 20 ss.

⁴³⁵ Los particulares demandantes dentro del proceso nacional son: Jorge Quintana B., por Laboratorio Farmacéutico ROEMERS S.A., Jorge Serrano Villavicencio, representante de Laboratorios Farmacéuticos Ecuatorianos BACO S.A.; José María Vega Osorio, de Laboratorios RECALCINE S.A.; Galo Vega Cobo de Laboratorio INTERPHARM del Ecuador S.A.; y, Roberto Hahn Klienge Bevilacqua del Laboratorio Tecnofarma DIVITAL S.A. Véase la STJCA de 9.12.1994, Proceso 6-IP-94, pp. 1 ss.

Por su parte, en el asunto *Patentes de segundo uso*, para los coadyuvantes de la SGCA (ADIFAN y ASINFAR) en este segundo proceso 89-AI-2000 ante el Tribunal Andino, la segunda sentencia podría haber constituido título legal y suficiente para que hubiesen solicitado al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que hubiere correspondido, al amparo del artículo 30 del TCTJCA, sin que en el nivel interno hubiese sido necesario discutir nuevamente sobre el incumplimiento del país miembro (ni mucho menos sobre el carácter flagrante del mismo), toda vez que el incumplimiento ya fue debidamente declarado por el TJCA. En el caso del artículo 30 del TCTJCA, el juez nacional habría debido determinar únicamente si hubo un daño y si este cumplía el requisito del nexo causal directo con el incumplimiento declarado.

Las sentencias del TJCA en el asunto *Patentes de segundo uso* (Procesos 7-AI-99 y 89-AI-2000) y en el asunto *Pipeline* (Procesos 6-IP-94 y 1-AI-96) también podrían haber animado a otros particulares afectados para acudir a la vía del artículo 31 del TCTJCA, puesto que dichos pronunciamientos previos del TJCA coadyuvarían a que se trate de un incumplimiento flagrante, de conformidad con el artículo 24 de la Decisión 623.

Como puede apreciarse en los dos asuntos considerados, Ecuador y Perú incumplieron la normativa del “régimen común de propiedad industrial”, la cual es clara, precisa e incondicional y no deja margen de apreciación a los países miembros. Si bien estos puedan adoptar complementos normativos a través de la excepción del complemento indispensable, ello no puede suponer que las disposiciones uniformizadoras implicadas les dejen margen de apreciación, por lo que el incumplimiento de la normativa del “régimen común de propiedad industrial” es uno de tipo flagrante.

Sumado a ello, ambos países mantuvieron su normativa nacional a sabiendas (gracias a las primeras sentencias del TJCA en cada uno de estos asuntos) de que vulneraban sendas Decisiones uniformizadoras de la CAN. Como sabemos, eso eleva la infracción al rango de “incumplimiento flagrante”. Efectivamente, en ambos casos existe una reiteración o reincidencia de los países miembros, un incumplimiento que ha sido continuado y sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el TJCA ya se había pronunciado con anterioridad.

Todo ello sin perjuicio que, en el marco del artículo 31 del TCTJCA, el juez nacional puede considerar los “otros elementos adicionales” enunciados en la jurisprudencia europea que robustecen, más aún, la existencia de un “incumplimiento flagrante”:

- Se observa un carácter intencional en la infracción cometida y un carácter inexcusable de un eventual error de Derecho por parte del Ecuador y Perú. En ambos casos, las normas nacionales adoptadas difícilmente podrían ser consideradas como un “error excusable”, ya que su incompatibilidad con el Derecho comunitario resulta manifiesta.
- No se da la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hubiesen podido contribuir a la vulneración; al contrario, concurrieron pronunciamientos previos tanto de la SGCA como del TJCA declarando dicha ilegalidad.

CAPÍTULO IV

LA EQUIPARACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PAÍSES MIEMBROS Y LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS DE LA CAN

Si bien el TJUE no fundamentó el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros en la existencia previa en los tratados del recurso de responsabilidad extracontractual de la UE, sí equiparó los requisitos sustantivos de uno y otro tipo de responsabilidad.

A partir de la equiparación que existe en la UE entre la responsabilidad extracontractual de esta y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, en el presente capítulo se presentan dos propuestas *de lege ferenda* dirigidas a los países miembros en relación con la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN:

- (i) La creación de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN ante el TJCA; y,
- (ii) La equiparación de los requisitos sustantivos de dicha responsabilidad y la responsabilidad patrimonial de los países miembros.

1. El sistema de la UE como fuente de inspiración: la equiparación de la responsabilidad extracontractual de la UE y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros

En el ordenamiento jurídico europeo, los tratados han previsto desde siempre la existencia de este recurso contra las instituciones comunitarias y sus agentes. El actual artículo 268 TFUE —antiguo artículo 235 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)— a la letra prescribe:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refieren los párrafos segundo y tercero del artículo 340”.

Por su parte, los párrafos segundo y tercero del artículo 340 TFUE (antiguo artículo 288 TCE) disponen que:

“(…)

En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

(…)”.

Tal recurso por responsabilidad extracontractual se concibe como una acción autónoma, con un plazo de cinco años, interrumpiéndose la prescripción mediante la reclamación previa que el perjudicado pueda presentar ante la institución europea competente⁴³⁶.

Según KÜHN, el reconocimiento de un derecho a la indemnización no se debe tanto a un concepto de compensación (en beneficio del damnificado), sino que más bien intenta disciplinar a los órganos comunitarios⁴³⁷. Esto enlaza con la idea de la responsabilidad extracontractual como componente del “derecho a una buena administración”, de conformidad con el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE:

⁴³⁶ El artículo 46 del Estatuto del TJUE establece:

“Las acciones contra la Unión en materia de responsabilidad extracontractual prescribirán a los cinco años de producido el hecho que las motivó. La prescripción se interrumpirá bien mediante demanda presentada ante el Tribunal de Justicia, bien mediante reclamación previa, que el damnificado podrá presentar a la institución competente de la Unión. En este último caso, la demanda deberá presentarse en el plazo de dos meses previsto en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; cuando proceda, serán aplicables las disposiciones del párrafo segundo del artículo 265 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El presente artículo se aplicará también a las acciones contra el Banco Central Europeo en materia de responsabilidad extracontractual”.

⁴³⁷ Cfr. “El Tribunal Andino reconoce por primera vez el concepto de responsabilidad extracontractual por los actos de sus órganos contrarios al Derecho comunitario: Un análisis de jurisprudencia desde la perspectiva del Derecho europeo”, *Política Internacional*, Revista de la Academia Diplomática del Perú, N° 93, Lima, 2008, p. 90.

“Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

Este derecho incluye, por tanto, el derecho a una compensación por el incumplimiento de las obligaciones públicas, así como el derecho a una protección judicial eficaz.

Si bien se contemplaba el recurso por responsabilidad extracontractual de la UE, no se establecían sus requisitos sustantivos, sino que se remitía a los principios resultantes de los ordenamientos estatales. A través de una actividad judicial creativa, permitida por dicha remisión, el TJUE ha desarrollado una valiosa jurisprudencia sobre la base de un enfoque comparativo e inspirado en los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros aplicando, finalmente, un mínimo común denominador⁴³⁸.

A partir de esa fuente de inspiración en los ordenamientos estatales, el TJUE determinó que los requisitos eran: (i) ilegalidad del comportamiento reprochado a la UE; (ii) existencia de un perjuicio; y, (iii) nexo de causalidad directo entre la acción comunitaria ilegal y el daño.

Para que una institución comunitaria sea declarada responsable, en primer lugar, debe analizarse si existe una medida comunitaria ilícita. Esta conducta ilegal de la institución o del funcionario de la UE puede resultar tanto de una acción como de una

⁴³⁸ Para un mayor detalle, véanse: GUICHOT REINA, E., “La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea”, *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, BENEYTO PÉREZ, J. M., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Dirs.), vol. 5, 2009, pp. 427-508; GUTMAN, K., “The evolution of the action for damages against the European Union and its place in the system of judicial protection”, *Common Market Law Review*, 2011, pp. 695 ss.; LAGUNA DE PAZ, J. C., “Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea y de las autoridades nacionales por infracción de las normas de defensa de la competencia”, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, CASARES MARCOS, A. y QUINTANA LÓPEZ, T. (Dirs.), vol. 2, 2013, pp. 1193-1224; MUÑOZ MACHADO, S., “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, *Revista Documentación Administrativa*, Nº 237-238, 1994, pp. 133-157; y, PUNZÓN MORALED A, J., *La acción de indemnización por responsabilidad extracontractual según el artículo 215.2 del T.CE.*, Ediciones de la UCLM, Cuenca, 2006.

omisión⁴³⁹. En caso de no existir una conducta ilegal, el Tribunal terminará ahí su razonamiento, desestimando de plano la demanda sin pasar a analizar los otros dos requisitos referidos al daño o al nexo causal entre este y el incumplimiento⁴⁴⁰.

Inicialmente, se siguió la doctrina tradicional, bajo la estricta fórmula *Schöppenstedt*⁴⁴¹, donde se realizaba una clara distinción entre las medidas administrativas (con efectos particulares) y las normativas (con efectos generales), determinando, respecto de las segundas, que solo puede exigirse la responsabilidad extracontractual en el supuesto de “una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de Derecho que proteja a los particulares”⁴⁴².

De esta forma, ante actuaciones normativas de la UE, el TJUE se mostró especialmente estricto en la apreciación del requisito⁴⁴³. El motivo para ello fue dado en el asunto *HNL*, donde se siguieron las conclusiones presentadas por el Abogado General CAPOTORTI:

⁴³⁹ Un caso emblemático es el de Stanley Adams en contra de la Comisión. La Comisión fue hallada responsable por el perjuicio derivado de la identificación del demandante a través de los documentos entregados a Roche por la Comisión, de donde se dedujo su identidad como informador, toda vez que la Comisión debió proteger el carácter confidencial de dichas informaciones. Además, la Comisión fue encontrada responsable por la omisión de no haber advertido a tiempo a Adams del gran riesgo que corría. Véase: STJCE de 7.11.1985, as. *Stanley George Adams contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 145/83.

⁴⁴⁰ “Al no darse el primero de los presupuestos en que se basa la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a efectos del párrafo segundo del art. 215 del Tratado, el recurso debe desestimarse en su totalidad, sin que resulte necesario examinar los demás presupuestos de dicha responsabilidad” (STJCE de 13.3.1992, as. *Industrie Handelsonderneming Vreugdenhil BV v. Comisión*, C-282/90, apartados 24 y 25).

⁴⁴¹ STJCE de 2.12.1971, as. *Schöppenstedt*, 5/71.

⁴⁴² Sobre la evocación a “una regla superior de Derecho que proteja a los particulares”, la doctrina europea ha identificado en ella la aplicación de la *Schutznormtheorie* alemana: el particular que ha sufrido un daño solo puede obtener reparación si pertenece precisamente al grupo al que la norma jurídica de rango superior pretende proteger (Conclusiones del Abogado General Philippe Léger presentadas el 20.6.1995, as. *Hedley Lomas*, C-5/94, apartado 133). A criterio de CRAIG: “Superior sometimes seems to be equated with ‘important’, and sometimes with a more formalistic conception of one rule being hierarchically superior to another” (*EU Administrative Law*, Segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 684). Asimismo, PUNZÓN MORALEDA apuntó que: “Pensamos que el TJCE en su jurisprudencia intenta reforzar el significado de la ‘ilegalidad’ recurriendo a presentar que es una norma cuya legalidad es indiscutida (...) respecto de los tratados, como normas positivas jerárquicamente superiores, y por otro, con los principios generales del Derecho” (*La acción de indemnización...*, op. cit., p. 58).

⁴⁴³ Sobre la exigencia de “una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de Derecho que proteja a los particulares” respecto de las actuaciones normativas de la UE, véase: MUÑOZ MACHADO, S., “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos...”, op. cit., p. 140.

“[l]a declaración de invalidez de un acto normativo como el Reglamento controvertido no basta, en sí misma, para generar (...) la responsabilidad extracontractual de la Comunidad (...) la responsabilidad de la Comunidad a causa de un acto normativo que contiene decisiones de política económica únicamente puede generarse cuando se da una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica superior que proteja a los particulares (...) los actos normativos en los que se traducen decisiones de política económica sólo generan la responsabilidad de los poderes públicos excepcionalmente y en circunstancias singulares; que esta concepción restrictiva se explica por la consideración de que las disposiciones del poder legislativo, incluso donde existe un control jurisdiccional sobre la validez de sus actos, no deben enfrentarse a obstáculos por la perspectiva de acciones de indemnización cada vez que deba adoptar, en interés general, medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares (...) en un contexto normativo como el del caso de autos, caracterizado por el ejercicio de una amplia potestad discrecional, indispensable para la ejecución de la Política Agrícola Común, la responsabilidad de la Comunidad únicamente puede, por tanto, generarse si la Institución de que se trata sobrepasó, de manera manifiesta y grave, los límites que se imponían al ejercicio de sus facultades”⁴⁴⁴.

En su momento, el artículo 33 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) limitaba de manera expresa el control jurisdiccional de medidas que impliquen opciones de política económica:

“[e]l examen del Tribunal no podrá referirse a la apreciación de la situación resultante de *hechos o circunstancias económicas en consideración a los cuales se hubieren tomado tales decisiones o formulado tales recomendaciones*, excepto cuando se acuse a la Alta Autoridad de haber incurrido en desviación de poder o de haber ignorado manifiestamente las disposiciones del Tratado o cualquier norma jurídica relativa a su ejecución” (el énfasis es nuestro).

⁴⁴⁴ STJCE de 25.5.1978, as. *Bayerische HNL*, as. acumulados 83/76 y 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77.

En cambio, en el régimen de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros no se realiza la distinción entre las medidas administrativas y las normativas, siendo el factor clave para la determinación de la responsabilidad el criterio del margen de apreciación.

Muchos autores criticaron este distinto tratamiento inicial que dio el TJUE a la responsabilidad extracontractual de la UE y a la responsabilidad de los Estados miembros. Particularmente, se criticó la distinción fundada en la naturaleza de la medida en cuestión, puesto que tanto los actos administrativos como las normas pueden dejar o no margen de apreciación⁴⁴⁵. En otras palabras, lo relevante es la discrecionalidad con la que cuenta la institución y no el alcance individual o general de la medida en cuestión⁴⁴⁶.

Al respecto, el Abogado General LÉGER consideró que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se mostraba muy severa en el caso de las medidas normativas, puesto que:

“[l]os requisitos para dar efectividad a la responsabilidad de la Comunidad no deberían ser tan restrictivos cuando el daño está causado por un acto reglamentario que no implica elecciones de política económica o cuando un Reglamento de ejecución de la Comisión se ha adoptado infringiendo las prescripciones del Reglamento de base del Consejo (...) frente a actos no normativos o que, a pesar de serlo, no suponen elecciones de política económica, los requisitos constitutivos de un acto ilícito deberían ser menos exigentes”⁴⁴⁷.

En palabras de LÉGER “la responsabilidad de la Comunidad por su actividad normativa choca con requisitos estrictos que no tienen suficientemente en cuenta las diferentes formas de dicha actividad”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Cfr. DASHWOOD, A., DOUGAN, M., RODGER, B., SPAVENTA, E. y WYATT, D., *European Union Law*, Sexta edición, Hart Publishing, Reino Unido, 2011, p. 195.

⁴⁴⁶ Cfr. GUTMAN, K., “The evolution of the action for damages...”, *op. cit.*, p. 715.

⁴⁴⁷ Conclusiones del Abogado General Philippe Léger presentadas el 20.6.1995, as. *Hedley Lomas*, C-5/94, apartados 135 y 136.

⁴⁴⁸ *Ibíd.*, apartado 137.

A partir de *Brasserie du Pêcheur*, el TJUE introdujo en el régimen de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros el requisito de la “violación suficientemente caracterizada” (que no figuraba en *Francoovich*). Por otro lado, del mismo modo en que en materia de responsabilidad patrimonial de los Estados miembros no había distinciones (al menos formales) entre los requisitos —según la conducta se produjera en un ámbito en el que el Estado miembro dispusiera o no de margen de apreciación—, a partir de *Bergaderm*, el TJUE extendió ese mismo régimen unitario a la responsabilidad extracontractual de la UE.

En el asunto *Bergaderm*, el Tribunal de Justicia dejó claro que:

“[l]os requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño”⁴⁴⁹.

De esta manera, se produjo la equiparación de la responsabilidad extracontractual de la UE y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, dando lugar a la unificación del régimen en el seno de la responsabilidad extracontractual de la CE, pues dejaron de exigirse condiciones distintas según la actuación generadora del daño fuera administrativa o normativa y tomando en cuenta, además, que los requisitos no deben diferir en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.

⁴⁴⁹ STJCE de 4.7.2000, as. *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA y Jean-Jacques Goupil contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-352/98, apartado 41.

2. Dos propuestas en relación con la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN

La primera propuesta radica en la consagración en los tratados de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios ante el TJCA. Sobre la base de la misma lógica empleada en la jurisprudencia europea — acogida por el propio Tribunal de Quito—, los requisitos sustantivos no pueden variar según el daño proceda de los países miembros o de los órganos comunitarios; en consecuencia, la segunda propuesta consiste en la unificación del régimen de la responsabilidad patrimonial de los países miembros y la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN.

2.1. La creación de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN ante el TJCA

El Tribunal Andino reconoció jurisprudencialmente la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios en ausencia de una previsión al respecto en los tratados. Lo hizo en el 2006 a través de un *obiter dictum* en su sentencia en el Proceso 214-AN-2005.

Contados muy resumidamente, los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento fueron los siguientes:

El 1 de septiembre de 2003, el Consejo de Comercio Exterior (COMEXI) del Ecuador publicó la Resolución 206, mediante la cual estableció una medida de salvaguardia provisional a las importaciones de guarniciones para frenos, que consistía en la imposición de un derecho *ad valorem* equivalente al 15%. Ante dicha medida, la SGCA abrió un procedimiento administrativo y se pronunció sobre la solicitud de aplicación de medidas correctivas por parte del Ecuador a las importaciones originarias de los demás países de la CAN (artículo 97 del Acuerdo de Cartagena), emitiendo al efecto las Resoluciones 800 y 837⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Resolución 800 de 20.2.2004 titulada: “Solicitud de aplicación de medidas correctivas por parte de la República del Ecuador a las importaciones de guarniciones para frenos clasificadas en la subpartida NANDINA 6813.10.00, originarias de países miembros de la Comunidad Andina, bajo lo dispuesto en el

El 13 de diciembre de 2005, EGAR S.A. presentó una acción de nulidad ante el TJCA al objeto de que declarara la nulidad de ambas Resoluciones de la SGCA, sobre la base del artículo 12 de la Decisión 425 ‘Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina’⁴⁵¹; la razón alegada era que la SGCA no había respetado los plazos establecidos en los artículos 97 del Acuerdo de Cartagena⁴⁵² y 44 de la Decisión 425⁴⁵³. Por su parte, la SGCA contestó la demanda alegando que los plazos para la salvaguardia especial no podían ser preclusivos.

Mediante sentencia de 17 de noviembre de 2006, el TJCA determinó por primera vez el principio de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la siguiente manera:

“[l]a inobservancia de un plazo para emitir una resolución, puede ser subsanado como en el caso de autos, y que dicha inobservancia no ha ocasionado ninguna restricción o recorte al derecho de defensa del actor. Sin embargo, este Tribunal considera que *la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que*

artículo 97 del Acuerdo de Cartagena”.

Resolución 837 de 16.7.2004 titulada: “Recurso de Reconsideración interpuesto por la República del Ecuador y la empresa EGAR S.A. contra la Resolución 800 de la Secretaría General”.

⁴⁵¹ “Las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,
- c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento”.

⁴⁵² “Cuando ocurran importaciones de productos originarios de la Subregión, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones en la producción nacional de productos específicos de un país miembro, este podrá aplicar medidas correctivas, no discriminatorias, de carácter provisional, sujetas al posterior pronunciamiento de la Secretaría General.

El país miembro que aplique las medidas correctivas, en un plazo no mayor de sesenta días, deberá comunicarlas a la Secretaría General y presentar un informe sobre los motivos en que fundamenta su aplicación. La Secretaría General, dentro de un plazo de sesenta días siguientes a la fecha de recepción del mencionado informe, verificará la perturbación y el origen de las importaciones causantes de la misma y emitirá su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que solamente podrán aplicarse a los productos del país miembro donde se hubiere originado la perturbación. Las medidas correctivas que se apliquen deberán garantizar el acceso de un volumen de comercio no inferior al promedio de los tres últimos años”.

⁴⁵³ “El recurso de reconsideración sólo podrá ser interpuesto dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la notificación del acto que se impugna. En el caso de recursos interpuestos contra actos que hubieran sido publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, el plazo se contará a partir de la fecha de la publicación. Transcurrido este plazo sin que sea recurrido, el acto quedará firme.

El Secretario General deberá resolver el recurso dentro de los treinta días siguientes al recibo del mismo. El Secretario General podrá extender este plazo hasta por quince días adicionales, cuando dicha prórroga sea necesaria para resolver el asunto. Contra la Resolución del recurso no se podrá interponer un nuevo recurso de reconsideración”.

establece la norma y por tanto, sería responsable por los daños y perjuicios que su demora pudiera haber ocasionado a la parte afectada; pero ello no puede acarrear la nulidad del acto administrativo, ya que la inobservancia de un plazo no afecta la sustancia del acto, ni el debido proceso como en el presente caso. De otro lado, el ordenamiento jurídico comunitario otorga al actor un medio específico de defensa contra la inacción de la administración, mediante el “Recurso de Omisión” (...) que sirve para exigir al órgano administrativo (...) una actividad a que estuviere obligado expresamente (...) a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento respectivo”⁴⁵⁴ (el énfasis es nuestro).

Esta fue la primera (y única) vez que el TJCA se pronunció sobre la responsabilidad extracontractual de un órgano comunitario de la CAN. Tras dicha innovadora resolución, la reacción del órgano comunitario implicado no se dejó esperar. Mediante escrito de 15 de diciembre de 2006, la SGCA presentó una solicitud de aclaración de sentencia, de conformidad con el artículo 93 del ETJCA⁴⁵⁵, conteniendo las siguientes preguntas:

“1) ¿Al realizar las citadas consideraciones, el Honorable Tribunal se refería a una eventual responsabilidad extracontractual futura de la Secretaría General, es decir, a partir del momento en el que el ordenamiento jurídico comunitario contemple la responsabilidad extracontractual emergente de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración?; y, 2) En caso que el Honorable Tribunal, a pesar de no existir previsión alguna en el ordenamiento jurídico comunitario,

⁴⁵⁴ STJCA de 17.11.2006, Proceso 214-AN-2005, p. 23.

⁴⁵⁵ Artículo 93.- Aclaración de las sentencias

Dentro del término de quince días siguientes al de su notificación, las partes podrán solicitar la aclaración de los puntos de la sentencia que a su juicio resultaren ambiguos o dudosos.

Son aplicables a la aclaración los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 92.

Por su parte, el artículo 92 del ETJCA dispone lo siguiente:

Artículo 92.- Enmienda y ampliación de las sentencias

El Tribunal, de oficio o a petición de parte presentada dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia, podrá enmendarla o ampliarla.

La enmienda tendrá lugar si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiere pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda, y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos.

La solicitud de enmienda o de ampliación se pondrá en conocimiento de la otra parte, por cinco días, para que absuelva el trámite, si lo cree conveniente.

El Tribunal dentro de los quince días siguientes al de la expiración del término a que se refiere el primer inciso, cuando la enmienda o ampliación fuese de oficio o agotado el término concedido a las partes, adoptará resolución sobre la enmienda o ampliación, la notificará a las mismas y la anexará a la sentencia. El trámite de la enmienda o ampliación no suspende la ejecución de la sentencia.

considerase que la Secretaría General podría ser extracontractualmente responsable, ¿tal responsabilidad operaría en caso que las Resoluciones 800 y 837 hubiesen sido declaradas nulas, o el hecho de que se desestimara la demanda de nulidad interpuesta por EGAR S.A. no perjudica una eventual acción de reparación de daños y perjuicios sobre actos (Resoluciones 800 y 837) que gozan del principio de presunción o legalidad?”.

Mediante auto de 21 de marzo de 2007, el TJCA se pronunció sobre la solicitud de aclaración de sentencia presentada por la SGCA, de la siguiente manera:

“Conforme a lo anotado anteriormente, queda clara la facultad de este órgano de referirse a la eventual responsabilidad que podría sobrevenirle a la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como, en su caso, a cualquier órgano de la Comunidad, por infracción de la normativa comunitaria, aún en asuntos que si bien no están específicamente señalados en las normas primarias y secundarias del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, su efectividad se deriva de sentencias anteriores que así lo han declarado y que al hacerlo no han hecho sino aplicar al caso subjudice las normas que son comunes en las legislaciones nacionales de los países miembros y que no son sino la correcta aplicación de los principios fundamentales del Derecho comunitario que, como es sabido, se ha construido, fundamentalmente, por vía pretoriana, con las sentencias expedidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”⁴⁵⁶.

Además, el Tribunal Andino agregó que:

“[n]o es necesario que conste, de manera expresa, en el ordenamiento jurídico comunitario la responsabilidad que pudiera sobrevenir a las Instituciones comunitarias por actos u omisiones en el ejercicio de sus facultades, toda vez que no se podría distinguir entre la situación de los países miembros que sí responden frente a terceros por dichas acciones u omisiones, con las instituciones comunitarias, ya que son aquellos quienes las conforman dotándolas con poderes derivados de una limitación de sus propias competencias y con una transferencia

⁴⁵⁶ Auto del TJCA de 21.3.2007, Proceso 214-AN-2005, pp. 3-4.

de atribuciones que no podrían incluir la de exonerar su responsabilidad por los actos u omisiones que puedan ocasionar un perjuicio a terceros por incumplimiento de sus obligaciones o por transgresiones a la normativa comunitaria, una vez que se establezcan las condiciones de acuerdo al caso concreto”⁴⁵⁷.

Finalmente, el Tribunal Andino señaló que:

“[e]l incumplimiento de tales deberes o su cumplimiento tardío, en la medida que perjudicare los objetivos de la integración y afectare derechos, conlleva responsabilidad comunitaria (...) que surge del mismo *espíritu de la integración* sin necesidad de que expresamente se hubiese consagrado en una norma (...) el hecho de que no exista en el ordenamiento jurídico comunitario una vía prevista para reclamar respecto de una declaración de responsabilidad, no es óbice para que esta pueda, eventualmente, ser reclamada ante la jurisdicción comunitaria”⁴⁵⁸ (el énfasis es nuestro).

En síntesis, de la resolución del TJCA se desprende que el fundamento de la responsabilidad extracontractual de la CAN se encuentra en el mismo espíritu de la integración y en los principios generales del Derecho. Adicionalmente, como argumento *ad abundantiam*, el TJCA reconoce el origen de la responsabilidad extracontractual de la CAN derivado de la existencia de la responsabilidad patrimonial de los países andinos, cuando enfatiza que “no se podría distinguir entre la situación de los países miembros que sí responden frente a terceros por dichas acciones u omisiones, con las instituciones comunitarias”.

Respecto de la invocación al “mismo espíritu de la integración”, KÜHN considera que esta excede el marco de lo que permite el método de interpretación del efecto útil (*effet utile*) en el Derecho comunitario. A su parecer, desde el punto de vista del Derecho internacional público, hubiera sido más exacto que el TJCA basara su pronunciamiento en la doctrina de las competencias implícitas, por ser esta de un alcance mucho mayor

⁴⁵⁷ Ibidem, pp. 5-6.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 4.

que la doctrina del efecto útil⁴⁵⁹. Adicionalmente, a juicio de este mismo autor, el TJCA debió fundamentar su sentencia en el principio del Estado de Derecho, cuya manifestación es precisamente el principio de responsabilidad patrimonial, puesto que la CAN constituye una verdadera “comunidad de derecho”⁴⁶⁰.

En definitiva, el Tribunal Andino ha integrado y completado dicha “laguna” a través de su función pretoriana, colocándose en el cruce entre la interpretación y la creación del Derecho, por lo que bien podría hablarse de un *law-making power* del juez andino, que sustituye de alguna manera la ausencia normativa al respecto⁴⁶¹.

A pesar que el Tribunal Andino ha intentado colmar jurisprudencialmente una laguna del sistema, en la práctica su resolución es inaplicable, ya que no existe al efecto una vía procesal concreta dentro del sistema jurisdiccional de la CAN. El TJCA no puede legislar y crear una competencia jurisdiccional autónoma, como tampoco podría ordenar que el afectado acuda ante el juez nacional para solicitar la imposición de una reparación a cargo de la CAN. Ello explica que el TJCA se inhibiera, pero, al mismo tiempo, diera la voz de alarma a los países miembros como dueños de los tratados que son.

Los argumentos que apoyan la propuesta de incluir un recurso de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios son: el principio de la autonomía de las distintas vías de recurso y la inmunidad de jurisdicción de los órganos comunitarios.

En cuanto a lo primero, en la UE el Tribunal de Luxemburgo ha destacado que el recurso de responsabilidad extracontractual de la UE es una “vía autónoma que cumple una función particular en el sistema de recursos y está subordinada a requisitos de ejercicio concebidos en atención a su objeto específico, que se diferencia del recurso de

⁴⁵⁹ Según el mismo autor, las competencias implícitas pueden presentarse en tres formas: (i) en cuanto competencia accesoria, una competencia para adoptar medidas preparatorias y ejecutorias; (ii) en cuanto competencia material, una competencia para adoptar medidas en una materia estrechamente relacionada con otra; y, (iii) en cuanto competencia por razón de la naturaleza de la cosa, una competencia para adoptar medidas cuya reglamentación por parte de los Estados miembros no tendría sentido (“El Tribunal Andino...”, *op. cit.*, pp. 92-93).

⁴⁶⁰ *Idem.*

⁴⁶¹ Cfr. CIPPITANI, R., “El Derecho de la Integración en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica”, *Derecho supranacional, globalización e integración jurídica*, Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, Porrúa, México, 2012, pp. 523 ss., p. 541.

anulación en que su objetivo no es la supresión de una medida determinada, sino la reparación del perjuicio causado por una institución en el ejercicio de sus funciones”⁴⁶².

La autonomía del recurso por responsabilidad no impide que en su marco pueda el Tribunal pronunciarse sobre la legalidad de la medida que esté en el origen del perjuicio objeto del recurso. No obstante, en el supuesto que el Tribunal verifique la existencia de algún tipo de ilegalidad, los efectos de su pronunciamiento no serán los propios de una anulación, al tener, como se ha dicho, una eficacia más limitada (*inter partes*), que no conlleva la expulsión de la medida del ordenamiento jurídico⁴⁶³.

A nuestro parecer, no resulta conveniente que la declaración de la responsabilidad por parte del TJCA se produzca en el marco de un recurso de anulación o por omisión. Esta declaración de responsabilidad no puede estar vinculada a otras acciones procesales que cuentan cada una con un objetivo específico. Por ello, se propone la inclusión en los tratados de una acción autónoma de responsabilidad extracontractual de la CAN como una vía que cumple una función particular en el sistema de recursos, que se diferencia de las demás en que su objetivo no sería la nulidad de una norma o la constatación de una omisión de un órgano comunitario, sino la reparación del perjuicio causado por una institución o sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

Sobre este punto, la pregunta que surge es: ¿Por qué no podría el afectado acudir ante el juez nacional con la sentencia favorable recaída en una acción de nulidad o por omisión en contra de un órgano comunitario para solicitar la indemnización? La respuesta es simple: a razón de la inmunidad de jurisdicción de los órganos comunitarios, consagrada en el artículo 49 del Acuerdo de Cartagena:

“La Secretaría General, el Tribunal de Justicia, el Parlamento Andino, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas y los Convenios Sociales que son parte del Sistema gozarán, en el territorio de cada uno de los países miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la

⁴⁶² STJCE de 2.12.1971, as. *Schöppenstedt*, 5-71, apartado 3. En dicha sentencia, se declaró por primera vez la autonomía del recurso de responsabilidad respecto del recurso de anulación, puesto que anteriormente se concebía al recurso de responsabilidad extracontractual de la UE como una acción subsidiaria (as. *Plaumann*, 25/62).

⁴⁶³ Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico...*, op. cit., pp. 195-196.

realización de sus propósitos. Sus representantes y funcionarios internacionales gozarán, asimismo, de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones, en relación con este Acuerdo. Sus locales son inviolables y sus bienes y haberes gozan de inmunidad contra todo procedimiento judicial, salvo que renuncie expresamente a esta. No obstante, tal renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria”.

Esto guarda total armonía con el artículo 48 del mismo tratado, a tenor del cual: “La Comunidad Andina es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional”.

Dada la inmunidad de jurisdicción de la CAN y de sus instituciones frente a los órganos jurisdiccionales ajenos al sistema⁴⁶⁴, la única vía para evitar situaciones de impunidad y de indefensión del particular lesionado en sus derechos es la creación de un recurso específico y autónomo ante el TJCA.

Los argumentos que sustentan esta nueva competencia del Tribunal Andino serían los mismos que, en su momento, se utilizaron para crear la competencia laboral del TJCA a través del Protocolo de Cochabamba, cuya inclusión pretendió, fundamentalmente, evitar la indefensión a la que podrían quedar sujetos los servidores de dichos organismos en caso de producirse una controversia con sus empleadores (es decir, los órganos comunitarios), pues, en principio, estos gozan de inmunidad jurisdiccional contra, como dice el anteriormente mencionado artículo 49 del Acuerdo de Cartagena, “todo procedimiento judicial”.

Por todo lo anterior, resulta indispensable *adoptar un protocolo modificadorio del TCTJCA que incluya* este recurso procesal autónomo. Nuestra propuesta normativa *de lege ferenda*, claramente inspirada en los artículos 268 y 340 TFUE, podría ser de la siguiente manera:

⁴⁶⁴ Para un mayor detalle sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción, véanse: ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Pamplona, 2007; y, REMIRO BROTONS, A., Díez-Hochleitner, J., Riquelme Cortado, R., Pérez-Prat Durbán, L. y Orihuela Calatayud, E., *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 568 ss.

“El Tribunal es competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños y perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios.

La Comunidad Andina debe reparar los daños causados por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los países miembros”.

Seguidamente, debería modificarse el Estatuto del TJCA (Decisión 500 del CAMRE), a fin de regular los aspectos procesales y materiales de esta nueva competencia, tales como el plazo de prescripción para el ejercicio de esta acción.

En esta misma línea, SUÁREZ MEJÍAS también reclama la creación de una vía específica de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios:

“[s]i la CAN no quiere que los tribunales constitucionales de los países miembros intervengan en este tema al ver que los derechos de sus ciudadanos se encuentran mejor protegidos internamente que en la CAN, debería subsanarse esta omisión de los tratados andinos estableciendo expresamente que la organización responderá patrimonialmente por los daños causados a los particulares”⁴⁶⁵.

En el marco de esta nueva competencia, le correspondería al TJCA —y no a los órganos jurisdiccionales nacionales— la aplicación de los requisitos y la declaración de la obligación de la CAN de reparar los daños causados.

De ser acogida nuestra propuesta, este recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios deberá considerar el régimen de responsabilidad patrimonial de los países de la CAN y, como elemento referencial, la jurisprudencia europea sobre el recurso de responsabilidad extracontractual de la UE.

⁴⁶⁵ “La responsabilidad patrimonial...”, *op. cit.*, p. 242.

2.2. La equiparación de los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial de los países miembros y la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN

Como hemos visto, en *Brasserie du Pêcheur* el TJUE introdujo en el régimen de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros el requisito de la “violación suficientemente caracterizada”. Por su parte, en *Bergaderm* extendió ese mismo régimen unitario a la responsabilidad extracontractual de la UE y acabó con la diferenciación del alcance individual o general de la actuación de las instituciones europeas. Además, se admitió expresamente que los requisitos no deben diferir en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño.

Del mismo modo en que el TJUE ha equiparado, en cuanto a sus requisitos sustantivos, el régimen de la responsabilidad extracontractual de la UE y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros, cabría sostener otro tanto en la CAN.

En el caso de la CAN se debe operar al revés que en la UE: como la responsabilidad de los países miembros sí está prevista en la normativa andina y tomando en consideración que el *obiter dictum* del TJCA no ha especificado cuáles son los requisitos sustantivos para que la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios quede comprometida, se plantea la extensión y la aplicación de los criterios propuestos *de lege ferenda* en el Capítulo III al ámbito de los órganos comunitarios. Es decir, los requisitos sustantivos que hemos propuesto para la responsabilidad patrimonial de los países miembros pueden equipararse a la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN.

Según esta equiparación, los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial de los países miembros y de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN deben ser: (i) la afectación de derechos de los particulares; (ii) la existencia de un “incumplimiento flagrante”, el cual proponemos que sea exigido en el marco del artículo 31 del TCTJCA en la responsabilidad patrimonial de los países miembros; y, (iii) el nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño.

Respecto del segundo requisito, se exigirá que se trate de un “incumplimiento flagrante”, puesto que los órganos comunitarios de la CAN se encuentran confrontados a situaciones que implican opciones comparables a las efectuadas por los países miembros al adoptar medidas en el marco de una política comunitaria.

Los órganos comunitarios —al igual que los países miembros— gozan de margen de apreciación en la aplicación y ejecución de políticas comunitarias, lo que obliga a considerar el sistema de fuentes de la CAN para determinar si sus instrumentos y disposiciones dejan o no margen de apreciación, señalando que para determinarlo hay que estar al caso concreto y, más aún, al contenido efectivo de la medida de que se trate, pues el tipo de medida o incluso el título que presente son irrelevantes.

Retomando el Proceso 214-AN-2005, en el supuesto hipotético que el TJCA debiera resolver una eventual acción por responsabilidad extracontractual de la SGCA, se deben analizar los requisitos de la responsabilidad patrimonial de los países miembros y de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios.

Como hemos visto, EGAR S.A. alegó que el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena prescribe que la SGCA deberá emitir pronunciamiento en el plazo de 60 días siguientes a la fecha de recepción del informe del país sobre la aplicación de medidas correctivas. En el caso de autos, el informe fue presentando el 29 de octubre de 2003, debiendo la SGCA haberse pronunciado hasta el 29 de diciembre de 2003, sin embargo, lo hizo recién el 20 de febrero de 2004 mediante la Resolución N° 800. En el mismo sentido, el recurso de reconsideración planteado el 7 de abril de 2004, que dio lugar a la Resolución N° 837, debió ser resuelto hasta el 7 de mayo de 2004, conforme a lo dispuesto por el artículo 44 de la Decisión 425, sin embargo, el recurso fue resuelto el 16 de julio de 2004.

Respecto del primer requisito, se puede observar que los artículos 97 del Acuerdo de Cartagena y 44 de la Decisión 425 gozan de efecto directo y tienen por objeto la atribución de derechos a los particulares. Particularmente, las normas vulneradas exigían de la SGCA el cumplimiento de unos plazos establecidos, por ende, el incumplimiento de dichos plazos y la consecuente demora de la SGCA en emitir las respectivas Resoluciones pudo afectar los derechos de EGAR S.A., al tratarse de la

violación de reglas esenciales de procedimiento (debido proceso).

Sobre el segundo requisito de la existencia de un “incumplimiento flagrante”, en el presente caso se puede advertir que la SGCA no cuenta con margen de apreciación respecto de su obligación de cumplir los plazos establecidos, y siendo evidente que ha incumplido dichos plazos, se trataría de un “incumplimiento flagrante”.

En cuanto al tercer y último requisito del nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño, EGAR S.A. debió haber presentado los medios probatorios que demuestren los daños sufridos a causa de la demora de la SGCA en emitir las respectivas Resoluciones.

De esta manera, mediante la equiparación del régimen de responsabilidad patrimonial de los países miembros y la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios se lograría la uniformización del régimen de responsabilidad en la CAN, tal como fue la lógica jurisprudencial europea: la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que originó el daño.

CONCLUSIONES

1. La difusión y conocimiento del Derecho comunitario andino dentro y fuera de la región es una tarea impostergable. La presente tesis doctoral tiene como objetivo contribuir a su debate y análisis, así como estimular nuevos desarrollos doctrinales que permitan un mayor avance en el proceso de integración andino en general. A tales efectos, hemos indagado en las formas de activar los mecanismos conducentes a la reparación de los daños ocasionados a los particulares por el incumplimiento del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros de la CAN.
2. De esta indagación, hemos podido apreciar que, si bien los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA existen formalmente desde 1996 y 1979, respectivamente, ninguno de ellos ha sido utilizado por los particulares hasta la fecha, con la solitaria excepción del caso venezolano *Sofaven*. Esta prácticamente nula utilización de los mecanismos estudiados da cuenta de un claro divorcio entre la realidad formal y la realidad material andinas. El desconocimiento generalizado del tema —por parte de estudiantes, abogados, académicos, funcionarios del Estado y jueces nacionales de los cuatro países miembros— conduce a que la jurisprudencia nacional y comunitaria, así como la doctrina especializada sean prácticamente inexistentes. Esto afecta a la credibilidad, la efectividad y la legitimidad de todo el proceso de integración como tal, lo que evidencia que la CAN, como *Comunidad de Derecho*, no ha calado entre sus ciudadanos, que desconocen la existencia de ambos mecanismos o que, conociéndolos, no se animan a utilizarlos, tal vez, por una falta de confianza en las judicaturas nacionales.
3. Sin duda, el ordenamiento jurídico andino ofrece un espacio aparente para la invocación de la responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho comunitario. No obstante, resulta indispensable que los particulares conozcan, comprendan y empleen este valioso marco jurídico para avanzar en el proceso de integración andino en general. En este contexto, existe la necesidad imperiosa de que los ciudadanos andinos, en su calidad de sujetos y

destinatarios del Derecho comunitario, activen los mecanismos jurídicos establecidos en los artículos 30 y 31 del TCTJCA.

4. En virtud de la aplicación efectiva de los mecanismos de los artículos 30 y 31 del TCTJCA se lograrían varios objetivos: (i) Se garantizarían los derechos de los particulares resultantes del ordenamiento jurídico andino (función reparadora y resarcitoria del daño); (ii) Se afianzaría el Derecho andino, dotándolo de un mayor *enforcement*, sea mediante las acciones por incumplimiento ante el TJCA, los procesos nacionales o la eventual consulta prejudicial (función preventiva o disuasoria para evitar, o al menos reducir, los comportamientos infractores de los Estados); (iii) Se estimularía la internalización del Derecho andino y la *cross-fertilization* entre este y los Derechos nacionales, a resultas de la mayor participación de las cortes nacionales de los cuatro países miembros; y, (iv) Se lograría que los particulares se apropien del Derecho andino, reconociéndolo como fuente de derechos y garantías.
5. En específico, la activación de ambos mecanismos por las personas naturales y jurídicas contribuiría al *enforcement privado* del Derecho andino, como forma descentralizada de “sanción” a través de las cortes nacionales. El costo de incumplir la normativa andina sería muy alto para los países miembros. Asimismo, dado que la indemnización por daños y perjuicios a cargo del país miembro infractor es susceptible de ser repetida contra los responsables directos de tal infracción, aquella se convierte en una medida disuasoria de conductas antijurídicas contra el Derecho comunitario. En líneas generales, los incumplimientos pueden generar obligaciones de reparación sumamente gravosas para los Estados, lo que nos permite calibrar la incidencia y la importancia, actual y futura, de la responsabilidad patrimonial de los países miembros de la CAN por incumplimiento del Derecho comunitario.
6. Aún cuando las vías de los artículos 30 y 31 son mutuamente excluyentes, eso no es óbice para que una persona natural o jurídica lesionada pueda, sin embargo, incitar la activación del *enforcement* público-comunitario (acción por incumplimiento), a la par que activa *motu proprio* el *enforcement* privado-nacional (acción judicial interna por indemnización de daños y perjuicios en el

marco del artículo 31) en contra del Estado infractor. En ese sentido, si el particular pone en conocimiento de la SGCA un supuesto incumplimiento y aporta información al efecto como mero “denunciante” (y no como “reclamante”), la SGCA tendría la facultad discrecional de abrir o no la fase precontenciosa de la acción por incumplimiento y el denunciante no podría acceder de manera directa al TJCA. Ese mismo sujeto podría, por otra parte, activar la vía directa ante el juez nacional sobre la base del artículo 31, ello al margen que, de existir una sentencia condenatoria del Tribunal Andino, el Estado infractor deberá tomar las medidas necesarias para cesar su incumplimiento, so pena de ser objeto de las medidas de ejecución de sentencia autorizadas por el TJCA. En el evento que el procedimiento por incumplimiento sea más rápido y recaiga una sentencia condenatoria del Tribunal Andino cuando la acción ante el juez nacional esté pendiente, esta sentencia del TJCA facilitaría la calificación del incumplimiento como uno “flagrante”, de conformidad con el artículo 24 de la Decisión 623 que contiene el ‘Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento’.

7. En la tesis se advirtió que el artículo 30 del TCTJCA traza un camino muy largo y gravoso para los particulares afectados, puesto que implica tres diferentes tramos: (i) una fase precontenciosa ante la SGCA en Lima; (ii) una fase judicial internacional en acción por incumplimiento ante el TJCA en Quito; y, (iii) una fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento para hacer efectiva la sentencia del TJCA que constituye “título legal y suficiente” para solicitar la respectiva reparación. A ello se le añade que la acción por incumplimiento implica un proceso judicial internacional, si tomamos en cuenta que intervienen Estados —con un interés estatal— y órganos comunitarios —con un interés comunitario—, dando lugar a un escenario político-diplomático-internacional.
8. En cambio, la acción judicial interna en el marco del artículo 31, frente a la del artículo 30 del TCTJCA, cuenta con mayores ventajas para el particular afectado: (i) La vía del artículo 31 solo necesita de una fase judicial nacional en proceso ordinario de conocimiento, por tanto, es mucho más célere; (ii) El particular actúa exclusivamente ante su juez natural, que le es necesariamente más próximo, y lo hace de conformidad con las previsiones procesales del Derecho interno, con las cuales está más familiarizado; y, (iii) El particular evita el escenario político-

diplomático-internacional de la acción por incumplimiento. En líneas generales, la inmediatez de la vía del artículo 31 resulta más conveniente para el particular afectado a fin de resguardar sus intereses individuales.

9. Hasta el momento, en el marco del artículo 31 del TCTJCA, tanto las condiciones sustantivas como las procesales para la acción de responsabilidad están determinadas “de conformidad con las prescripciones del Derecho interno”. Por ello, evidentemente aún no se ha formado una jurisprudencia o una doctrina comunitaria sobre tal acción, que actúe como un “estándar mínimo común”, de manera que se unifique el régimen de responsabilidad de los países miembros por incumplimiento del Derecho comunitario.
10. Para evitar que la heterogeneidad de las cuatro diferentes “prescripciones del Derecho interno” ponga en peligro la aplicación uniforme del Derecho comunitario (con mayor razón cuando existen regímenes nacionales andinos menos favorables para el particular), se propone *de lege ferenda* establecer los requisitos sustantivos comunes para un *régimen andino* de responsabilidad patrimonial de los países miembros por incumplimiento del Derecho comunitario.
11. Nuestro enfoque es que los requisitos del “estándar mínimo común” en el marco del artículo 31 del TCTJCA sean: (i) la afectación de derechos de los particulares; (ii) la existencia de un “incumplimiento flagrante” (artículo 24 de la Decisión 623); y, (iii) el nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño. En todo caso, cabe advertir que, dada su condición de “estándar mínimo común”, los requisitos sustantivos apuntados no serían aplicables cuando la normativa interna sea más favorable y generosa para el particular.
12. En relación con el segundo requisito de la existencia de un “incumplimiento flagrante”, se advirtió que este es el menos evidente, ya que jamás se ha desarrollado este concepto en el marco de la responsabilidad patrimonial de los países de la CAN. La figura andina del “incumplimiento flagrante” sería el equivalente del concepto europeo de la “violación suficientemente caracterizada”, creado por el TJUE y seguido también por el Tribunal de Justicia de la AELC. Esta equivalencia se puede advertir al contrastar ambos conceptos, que apuntan a

un incumplimiento cualificado y elevado a un grado agravado, donde se toma en cuenta de manera especial el margen de apreciación de los Estados miembros. Después del Tribunal de Justicia de la AELC, el Tribunal Andino podría ser la segunda corte internacional en acoger los criterios del TJUE sobre la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario.

13. Debido a que el margen de apreciación nacional de los Estados miembros juega un rol indiscutible en todo proceso de integración regional, hemos concluido exigir el requisito del “incumplimiento flagrante”. La existencia de un margen de apreciación se determina analizando el espacio que el texto deja a sus destinatarios (autoridades nacionales), tomando en cuenta el carácter claro, preciso e incondicional de la disposición o norma infringida: si hay margen de apreciación, será mucho más difícil constatar o declarar la existencia de una vulneración de la norma; es decir, el incumplimiento no será evidente y deberá concurrir en un grado agravado. En cambio, si la disposición o norma es clara, precisa e incondicional y no deja margen de apreciación al Estado, habrá un incumplimiento evidente y una obligación de reparar a los particulares perjudicados.
14. Ahondando en lo anterior, para poder distinguir si un incumplimiento es flagrante o no, *de lege ferenda* se propone el análisis de “otros elementos adicionales”, desarrollados en la jurisprudencia europea del asunto *Brasserie du Pêcheur* y que aportan juicios de valor que pueden servir a los jueces nacionales para apreciar si, en efecto, se ha producido una violación del Derecho comunitario en el caso concreto: el grado de claridad y de precisión de la disposición vulnerada, el carácter intencional involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que los actos adoptados por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, o la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.

15. El artículo 24 de la Decisión 623 ilustra únicamente algunas conductas que podrían entenderse como un “incumplimiento flagrante”. Según la norma, como regla general, un incumplimiento se considerará flagrante cuando sea “evidente”; es decir, de acuerdo con la acepción que recibe este término en el diccionario de la RAE, “de tal evidencia que no necesita pruebas” y por ello “cierto, claro, patente y sin la menor duda”.
16. Sin perjuicio de que no se trata de una lista taxativa, los dos supuestos regulados expresamente en el citado artículo 24 son: (i) La reiteración de un incumplimiento por parte de un país miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando este continúe mediante instrumentos formalmente distintos; o, (ii) Cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad.
17. La jurisprudencia del TJCA ha desarrollado otros supuestos que revisten la calificación de “incumplimiento flagrante”, tales como: (i) el incumplimiento “objetivo”; (ii) el incumplimiento “no discutido”; (iii) el incumplimiento formal del planteamiento de la interpretación prejudicial obligatoria; y, (iv) el incumplimiento material de la interpretación prejudicial.
18. Sin perjuicio de los ya mencionados, pueden existir “otros supuestos” sin denominación específica, ya que un incumplimiento puede ser flagrante en sí mismo, sin tener que depender de una previa declaración o pronunciamiento del TJCA al respecto. De esta manera, el juez nacional, como juez comunitario que es, puede y debe analizar si la disposición o norma vulnerada deja o no margen de apreciación al país miembro, siendo que para determinarlo hay que estar al caso concreto y, más aun, al contenido efectivo de la medida de que se trate, pues el tipo de medida o incluso el título que presente es irrelevante (pues hay títulos equívocos). Como hemos visto, en el caso de algunas Decisiones, si bien se titulan de “armonización”, del análisis de su contenido se advierte que, en realidad, se tratarían de “regímenes comunes solapados”.

19. En efecto, puede tratarse de una Decisión armonizadora, que en principio deja un amplio margen de apreciación a los países miembros, pero que en los hechos resulta ser tan detallada y exhaustiva que termina siendo una norma uniformizadora que no deja margen de apreciación, o bien tratarse de un “régimen común” o de Resoluciones de la SGCA (actos administrativos o “Reglamentos”), que en principio no dejan margen de apreciación, pero de cuyo texto resulta algún margen para que actúen las autoridades nacionales —administrativas, legislativas o judiciales—, en el sentido que permiten su actuación al encontrarse mejor situadas que las autoridades comunitarias, lo que siempre deberá ser analizado en el caso concreto.
20. A diferencia del sistema europeo, donde los instrumentos de armonización y de uniformización son formalmente distintos (“Directivas” y “Reglamentos”, respectivamente), en la CAN no existe tal distinción y una “Decisión” puede acoger tanto un régimen armonizado como un régimen común. La previa y clara distinción entre los regímenes armonizado y común resulta imprescindible para poder determinar adecuadamente la responsabilidad patrimonial del Estado. A nuestro parecer, la consecuencia más inmediata y grave de confundir ambos regímenes es que se olvida que en el régimen armonizado hay margen para la discreción de los países miembros y que, por tanto, la apreciación de una eventual violación será más difícil. Esta misma dificultad acontece en el caso de las Resoluciones de la SGCA, que pueden ser tanto de carácter administrativo con efectos particulares, como de carácter normativo con efectos generales.
21. Por lo tanto, se debe realizar un análisis concreto para la calificación sustantiva (y no formal) de la disposición o norma vulnerada, el cual es extensible a todas las fuentes; es decir, debe ser aplicado a cualquier disposición del Derecho originario, del derivado de los órganos comunitarios y a los Convenios —fuentes típicas del ordenamiento jurídico andino, según el artículo 1 del TCTJCA— e, incluso, a los “actos atípicos” recogidos por la jurisprudencia andina.

22. Luego de formular, respecto de los países miembros, los requisitos sustantivos para comprometer su responsabilidad patrimonial por el incumplimiento del Derecho comunitario en el marco del artículo 31 del TCTJCA, en la tesis se pasa a proponer otro tanto respecto de los órganos comunitarios de la CAN.
23. La primera propuesta radica en la consagración en los tratados de un recurso autónomo de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios ante el TJCA sobre la base del principio de la autonomía de los recursos y la inmunidad de jurisdicción de los órganos comunitarios. En definitiva, creemos que el sistema jurisdiccional andino, tal como está, resulta fragmentario y trunco al carecer de una acción de este tipo. Por lo tanto, nuestra propuesta normativa *de lege ferenda*, claramente inspirada en los artículos 268 y 340 TFUE, es la siguiente:
- “El Tribunal es competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños y perjuicios en materia de responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios.
- La Comunidad Andina debe reparar los daños causados por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los países miembros”.
24. Los tratados europeos han previsto desde siempre la existencia de este recurso de responsabilidad extracontractual contra las instituciones comunitarias y sus agentes; mientras que la sentencia *Francovich* (1991) constituyó la partida de nacimiento en la UE del principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario. En ese sentido, el TJUE ha equiparado, en cuanto a sus requisitos sustantivos, el régimen de la responsabilidad extracontractual de la UE y la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros.
25. En cambio, en el caso andino se debe operar al revés que en la UE: como la responsabilidad de los países miembros sí está prevista en la normativa andina desde la creación misma del Tribunal Andino (1979) y tomando en consideración que el *obiter dictum* del TJCA (Proceso 214-AN-2005) —donde reconoció

jurisprudencialmente la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios— no ha especificado cuáles son los requisitos sustantivos, nuestra segunda propuesta plantea la extensión y la aplicación de los requisitos sustantivos (que hemos formulado para la responsabilidad de los países andinos) al ámbito de los órganos comunitarios de la CAN.

26. Según esta equiparación, los requisitos sustantivos de la responsabilidad patrimonial de los países miembros y de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN deben ser: (i) la afectación de derechos de los particulares; (ii) la existencia de un “incumplimiento flagrante”, el cual proponemos que sea exigido en el marco del artículo 31 en la responsabilidad patrimonial de los países miembros; y, (iii) el nexo causal directo entre el incumplimiento y el daño. De esta manera, mediante esta equiparación se lograría la uniformización del régimen de responsabilidad en la CAN, tal como fue la lógica jurisprudencial europea: la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que originó el daño.
27. Tanto la responsabilidad patrimonial de los países miembros como la extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN se encuentran intrínsecamente relacionadas entre sí, ya que en términos amplios ambas responsabilidades representan “las dos caras de una misma moneda”, en la medida que aseguran la protección de los derechos de los particulares contra conductas ilícitas causadas por el poder público en incumplimiento del Derecho comunitario.
28. Una *Comunidad de Derecho* que no tenga prevista la responsabilidad patrimonial del poder público a favor de sus ciudadanos es incompleta. Esta ausencia nos obliga a impulsar un cambio de paradigma que permita la sinergia entre todos los actores andinos —públicos y privados—, a través de la activación tanto de la responsabilidad patrimonial de los países miembros como de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios.

29. Sin embargo, al momento de presentar nuestras propuestas *de lege ferenda*, no podemos dejar de lado el contexto actual de la región andina. Como hemos mencionado, queda pendiente la eventual adhesión de Bolivia y Ecuador al MERCOSUR. La consecuencia podría ser su retirada de la CAN, algo que, como mínimo, la debilitaría de manera indefectible. Adicionalmente, la Decisión 792, de 19 de septiembre de 2013, que contiene la ‘Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración’ se refirió a una eventual convergencia de la CAN y del MERCOSUR en la UNASUR, en los siguientes términos: “Buscando la articulación, complementación y convergencia de acciones en el marco de la Comunidad Andina, MERCOSUR y UNASUR, encargar a la Presidencia pro Témpore que, junto al Secretario General, lleve adelante el mandato de la Declaración Presidencial de Bogotá 2011 y en ese sentido, coordinar acercamientos con los actores regionales de los procesos de integración” (artículo 6).
30. Sea como fuere, confiamos en que el trabajo de investigación realizado no sería un despropósito, puesto que puede permanecer como una huella o un antecedente doctrinal para próximos estudios o emprendimientos en el marco de la integración latinoamericana, en la medida que versa sobre la protección de los derechos de los particulares contra conductas ilícitas causadas por el poder público en incumplimiento del Derecho comunitario.
31. Continuando con la reflexión sobre el contexto particular de la región andina, resulta notorio que la realidad material de la CAN se sustenta en un deficitario Estado de Derecho en los cuatro países miembros. Esto se traduce, mayormente, en la ausencia de una “cultura del reclamo para la protección de derechos” debido a una desconfianza generalizada del ciudadano en la justicia. Llama la atención, por poner un ejemplo andino, el Proceso 118-AI-2003, donde el TJCA constató que Colombia mantuvo restricciones al comercio del arroz “durante más de 15 años”, siendo que los productores e importadores afectados —peruanos y ecuatorianos— no han activado los mecanismos de reparación hasta la fecha.

32. La ausencia de “políticas de los derechos” en la CAN es una diferencia gravitante con la UE, lo que disminuye aún más las posibilidades de que los ciudadanos andinos lleven sus reivindicaciones ante las cortes nacionales. Resulta importante resaltar que cuando las cortes defienden derechos, los resultados pueden ser considerables en cuanto a la participación cívico-legal de los ciudadanos.
33. En relación con esta precaria “trayectoria histórica de la justicia” que pesa sobre los hombros de los países andinos, los planteamientos que hemos formulado constituyen una contribución desde la perspectiva del Derecho comunitario al ansiado fortalecimiento del Estado de Derecho en los cuatro países miembros, lo que, sería de esperar, redundaría en beneficio de la *Comunidad de Derecho* que ellos mismos conforman en el marco de la CAN.
34. Debemos aprovechar la avanzada institucionalidad de la CAN y su trascendental acervo histórico, tras casi medio siglo de experiencia acumulada en librar esfuerzos para llevar adelante el proceso de integración regional. Es imperativo para la CAN desplegar toda su capacidad con el fin de influir efectivamente en la realidad andina, alineándose de un modo más eficaz con los intereses individuales de sus ciudadanos, quienes la percibirán como un organismo que no les es ajeno, sino que, por el contrario, garantiza sus derechos y les aporta beneficios tangibles.
35. Mediante la Decisión 792, ya mencionada, también se decidió: “Conformar un Grupo de Alto Nivel para la revisión del marco institucional, el acervo jurídico comunitario y el sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, con el fin de presentar las reformas necesarias para la implementación de la nueva visión, lineamientos estratégicos y priorización de ámbitos de acción de la Comunidad Andina” (artículo 1). En definitiva, valoramos el marco de la ‘Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración’ como una oportunidad histórica para la activación de los mecanismos de responsabilidad del poder público, la cual situaría a la CAN en una posición pionera entre los distintos esquemas de integración latinoamericanos. Este renovado impulso marcaría un importante hito y representaría un verdadero punto de inflexión que, creemos, es necesario a efectos de vigorizar las relaciones con la ciudadanía andina y revitalizar el proceso de integración en general.

36. Para cerrar, a efectos de sentar las bases para investigaciones posteriores, será emocionante atestiguar la evolución ulterior del régimen de responsabilidad patrimonial de los países andinos en los años venideros, así como la eventual concretización de la responsabilidad extracontractual de los órganos comunitarios de la CAN. Pasar del *law in books* al *law in action*, examinando la aplicación o no de las propuestas, así como los resultados efectivos de los impactos legales en la realidad andina que se aspira reformar.

DOCUMENTACIÓN CITADA

I. AUTORES CITADOS

- ABOUDRAR-RAVANEL, S., “Responsabilité et primauté, ou la question de l'efficience de l'outil”, *RMCE*, N° 431, 1999, pp. 546 ss.
- ACOSTA GARCÍA, C., *Responsabilidad patrimonial del Estado: Teoría y casos prácticos*, Novum, México D.F., 2012.
- ALAMILLA RAMOS, F., “La aplicación efectiva del Derecho comunitario”, *Derecho Supranacional, Globalización e Integración Jurídica*, Porrúa, México, 2012, pp. 327 ss.
- ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
 - *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario*, Civitas, Madrid, 1997.
 - *Un paseo por la jurisprudencia supranacional europea y su reflejo en los sistemas suramericanos de integración*, Cuadernos de Derecho público N° 1, Advocatus, Córdoba, 2008.
 - *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, S.L. Civitas Ediciones, Pamplona, 2012.
- ALTER, K., “The Global Spread of European Style International Courts”, *Faculty Working Papers*, Paper 7, 2011.
 - “Jurist Advocacy Movements in Europe and the Andes”, *iCourts Working Paper Series N° 65*, University of Copenhagen, Faculty of Law - iCourts Center of Excellence, 2016.
- ALTER, K., HELFER, L. y SALDÍAS, O., “Transplanting the European Court of Justice: The Experience of the Andean Tribunal of Justice”, *60 American Journal of Comparative Law*, 2012, pp. 629 ss.
- ALZAMORA, C., *Medio siglo por el mundo*, El Virrey, Lima, 2008.
- ANAYA VERA, E. y POLANCO LAZO, R., “El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿un nuevo foro de solución de controversias de inversión extranjera?”, *Tercera Conferencia Bienal de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional*, Bogotá, Colombia, Agosto, 2014.

- ANDUEZA, J. G., *El Tribunal del Pacto Andino*, Publicaciones del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1986.
- ARCHILA CÁRDENAS, T. I., *Responsabilidad Patrimonial del Estado por infracciones al Derecho Comunitario Andino*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2015.
- AVENDAÑO LEYTON, I., “El principio de congruencia: Su regulación en el proceso civil actual y en el Proyecto de Ley del CPC”. Disponible en web: <http://lexweb.cl/el-principio-de-congruencia-su-regulacion-en-el-proceso-civil-actual-y-en-el-proyecto-de-ley-del-cpc/>
- BALDEÓN HERRERA, G., “El Protocolo de Cochabamba y las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Colección Eventos, 2003, pp. 159 ss.
 - “La competencia de interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Colección Eventos, 2003, pp. 254 ss.
- BARRIENTOS CAZAZOLA, E., “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Antecedentes históricos, estructura y composición, competencias y procedimientos”, *La integración, el Derecho comunitario y el Pacto Andino*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 1997, pp. 87 ss.
- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- BERMÚDEZ POZO, L., “Las acciones de responsabilidad extracontractual en el Derecho interno y la correcta interpretación del artículo 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, por publicar.
- BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958.
- BUENO MARTÍNEZ, P. y PEROTTI, A., “La teoría del acto aclarado ¿resulta necesaria su aplicación en el marco de la interpretación prejudicial andina?”, *Biblioteca Digital Andina*.
- CALVINHO, G., “La pretensión procesal y la regla de congruencia en el sistema dispositivo”, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Disponible en web: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La-pretencion-procesal-y-la-regla-de-congruencia-Calvinho-G.-.pdf>

- CANUTO, E., “Acción de indemnización y acción de restitución por vulneración del Derecho Comunitario”, *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, N° 235, 2010, pp. 32 ss.
- CASTRO BERNIERI, J., “Reflexiones acerca del tema de las fuentes del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, *Agenda Internacional*, año VIII, N° 16, 2002.
 - “El comercio intracomunitario y el Mercado Común Andino”, *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 117 ss.
- CHIOVENDA, G., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo 6, Harla, México, 1997.
- CIENFUEGOS MATEO, M., “Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 25, 2013, pp. 1 ss.
 - “Consultas prejudiciales en la Comunidad Andina y cuestiones prejudiciales en la Unión Europea: ensayo de comparación”, *Revista de la Facultad*, vol. IV, N° 1, Nueva Serie II, 2013, pp. 37 ss.
- CIPPITANI, R., “El Derecho de la Integración en la jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica”, *Derecho supranacional, globalización e integración jurídica*, Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario, Porrúa, México, 2012, pp. 523 ss.
- COBREROS MENDAZONA, E., “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea”, *Revista de administración pública*, N° 196, 2015, pp. 11 ss.
 - “Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea (y en el reforzamiento de la cuestión prejudicial): la sentencia Ferreira da Silva”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 58, Abril – Junio 2016, pp. 83 ss.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI), Proyecto de artículos sobre “La Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” (AG/56/83).
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario*, N° 19, 2001.

- CONSEJO DEL MERCADO COMÚN, *Código Aduanero del MERCOSUR (CAM)*, aprobado mediante la Decisión CMC N° 27/10.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D., “La cuestión prejudicial y la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario”, en R. Alonso García y J.I. Ugartemendia, *La cuestión prejudicial europea*, European Inkling (EUi), N° 4, IVAP, Oñate, 2014, pp. 142 ss.
- CRAIG, P., *EU Administrative Law*, Segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- CROLEY, S. y JACKSON, J., “WTO Dispute Procedures, Standards of Review, and Deference to National Governments”, *American Journal of International Law*, N° 90/2, 1996, pp. 193 ss.
- DASHWOOD, A., DOUGAN, M., RODGER, B., SPAVENTA, E. y WYATT, D., *European Union Law*, Sexta edición, Hart Publishing, Reino Unido, 2011.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, L., *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, Porrúa, México, 2005.
- DELMAS-MARTY, M., *Critique de l'intégration normative: L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Puf, Paris, 2004.
- DE VEGA PINZÓN, G., “La discrecionalidad administrativa”, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, VIDAL PERDOMO, J., DÍAZ PERILLA, V. y AMPARO RODRÍGUEZ, G. (Dirs.), Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 145 ss.
- DI COMITÉ, V., “El principio de responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el Derecho italiano”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n° 18, N° 47, 2014, pp. 49 ss.
- DIEZ-HOCHLEITNER, J., “La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, N° 3, Madrid, 1993.
- ESPÓSITO MASSICCI, C., *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Pamplona, 2007.
- FUENTES HERNÁNDEZ, A. y ALEGRETT SALAZAR, A., “Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de su sistema de cumplimiento de compromisos”, *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, VON BOGDANDY, A.,

- LANDA ARROYO, C. y MORALES ANTONIAZZI, M. (Dirs.), Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 359 ss.
- GÁLVEZ KRÜGER, M. A., “Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, *Revista Themis*, N° 42, pp. 131 ss.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Tercera edición, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1983.
 - *Democracia, jueces y control de la administración*, Quinta edición, Civitas, Madrid, 2009.
 - GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Novena edición, Civitas, Madrid, 1999.
 - GARRIDO FALLA, F., “Sobre la responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, Buenos Aires, 1990.
 - GARRÓN BOZO, R., *Derecho comunitario: Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea*, Producciones CIMA, La Paz, 2004.
 - GÓMEZ VARELA, C. V., “La responsabilidad patrimonial del Estado ante los particulares por infracción del Derecho comunitario europeo”, *Revista Letras Jurídicas*, N° 3, Universidad de Guadalajara, 2006, pp. 1 ss.
 - GONZÁLEZ DE TROCONIS, I., *Solución de controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen jurídico de la Comunidad Andina: la cuestión de la efectividad*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2007.
 - GREER, S., “The margin of appreciation: interpretation and discretion under the european convention on human rights”, *Human rights files*, N° 17, Council of Europe Publishing, Strasbourg, July 2000, pp. 58 ss.
 - GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
 - “La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea”, *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea*, BENEYTO PÉREZ, J. M., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (Dirs.), vol. 5, 2009, pp. 427-508.
 - “La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea”, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, BENEYTO PÉREZ, J. M. (Dir.), tomo V, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 427 ss.

- “La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad”, *Revista española de derecho europeo*, Nº 60, Civitas, 2016, pp. 49-101.
- GUTMAN, K., “The evolution of the action for damages against the European Union and its place in the system of judicial protection”, *Common Market Law Review*, 2011, pp. 695 ss.
- HELFER, L. y ALTER, K., “Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 14:479, 10.08.2013, pp. 479 ss.
- HELFER, L., ALTER, K. y GUERZOVICH, F., “Islands of effective international adjudication: Constructing an intellectual property rule of law in the Andean Community”, *The American Journal of International Law*, vol. 103:1, 2009, pp. 1 ss.
- HILSON, C., “Liability of Member States in damages: the place of discretion”, *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 941 ss.
- “The role of discretion in EC law on non-contractual liability”, *Common Market Law Review*, 2005, pp. 677 ss.
- HURTADO LARREA, E., “Los incumplimientos y la acción asignada a la competencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, BID-INTAL, Buenos Aires, 1985.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los principios de equivalencia y efectividad respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, *Noticias de la Unión Europea*, Nº 291, 2009, pp. 141 ss.
- ITURRALDE SESMA, V., “Consideración crítica del principio de permisión según el cual lo no prohibido está permitido”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 15, Universidad del País Vasco, 1998, pp. 187 ss.
- JANER TORRENS, J. D., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- KAUNE ARTEAGA, W., *Manual introductorio sobre el Tribunal Comunitario Andino, dentro del contexto del Derecho Comunitario y sus competencias, responsabilidad patrimonial de los países miembros e indemnización de daños*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2007.

- Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona, 1934.
- *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, 16ª edición, Porrúa, México, 2009.
- Klein Vieira, L., *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea, Comunidad Andina y MERCOSUR*, Euros, Buenos Aires, 2011.
- Kratochvíl, J., “The inflation of the margin of appreciation by the European court of human rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29/3, 2011, pp. 324 ss.
- Kühn, W., “El Tribunal Andino reconoce por primera vez el concepto de responsabilidad extracontractual por los actos de sus órganos contrarios al Derecho comunitario: Un análisis de jurisprudencia desde la perspectiva del Derecho europeo”, *Política Internacional*, Revista de la Academia Diplomática del Perú, N° 93, Lima, 2008.
- Laguna de Paz, J. C., “Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea y de las autoridades nacionales por infracción de las normas de defensa de la competencia”, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Casares Marcos, A. y Quintana López, T. (Dir.), vol. 2, 2013, pp. 1193-1224.
- Laso Pérez, J., *Cooperación Leal en el Ordenamiento Comunitario*, Colex, Madrid, 2000.
- Lazari, A., “La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: ‘el esquema de la crisis’”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 9, Madrid, 2005, pp. 177 ss.
- Lock, T., “Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich”, *Common market law review*, vol. 49, N° 5, 2012, pp. 1675 ss.
- López Herrera, E., “Introducción a la Responsabilidad Civil”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, 2004.
- Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ciencias jurídicas (McGraw-Hill), Tecnos, 2002.
- *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2004.
- Mariño Fages, J. R. J., *La supranacionalidad en los procesos de integración*

- regional*, Mave, Buenos Aires, 1999.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 8, Nº 19, 2004, pp. 829 ss.
 - “Sentencia de 13.06.2006, Traghetti del Mediterráneo, C-173/03 ¿Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario imputable a los Órganos Judiciales de última instancia?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año Nº 10, Nº 25, 2006, pp. 1017 ss.
 - MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “El recurso de anulación, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad: ¿vías complementarias o alternativas?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año Nº 9, Nº 20, 2005, pp. 135 ss.
 - MOITINHO DE ALMEIDA, J. C., “El modelo comunitario europeo y su influencia en los procesos de integración”, *Jornadas sobre Integración Económica y Derecho comunitario andino*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, Venezuela, 1995.
 - MOLINA BETANCUR, C., “El derecho administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano”, *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, VIDAL PERDOMO, J., DÍAZ PERILLA, V. y AMPARO RODRÍGUEZ, G. (Dir.), Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 79 ss.
 - MONTAÑO GALARZA, C., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2013.
 - MOREIRO GONZÁLEZ, C. y otros, *Derecho Procesal Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
 - MUÑOZ MACHADO, S., “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Dir.), Civitas, Madrid, 1993, pp. 133 ss.
 - “La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo”, *Revista Documentación Administrativa*, Nº 237-238, 1994, pp. 133-157.

- NARANJO DE LA CRUZ, R., “Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, N° 86, enero-abril 2013, pp. 81 ss.
- NAVEIRA ZARRA, M., *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Edersa, Madrid, 2006.
- NICOLÁS LUCAS, A., “La incidencia en la práctica española del principio de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del derecho comunitario”, *Revista de administración pública*, N° 168, 2005, pp. 351 ss.
- NOVAK TALAVERA, F., “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”, *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 57 ss.
- NÚÑEZ POBLETE, M., “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones nacionales y regionales*, ACOSTA ALVARADO, P. y NÚÑEZ POBLETE, M. (Dirs.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 2012, pp. 3 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Año 61, N° 2048, 2007, pp. 3995 ss.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- OTERO LASTRES, J. M., “La propiedad intelectual, papel dentro del proceso de integración comunitario: tres casos, *pipeline*, patentes de segundo uso y datos de prueba”, *II Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, 2011, pp. 85 ss.
- PADILLA MORENO, D., “La responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino”, *Revista de Derecho Foro*, N° 9, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2008, pp. 63 ss.
- PEREDO ROJAS, M., “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés y del Tribunal Constitucional Alemán”, *Estudios*

- Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 11, N° 2, 2013, pp. 47 ss.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. C., “Sobre la responsabilidad del Estado frente a los particulares por la no transposición de las Directivas comunitarias (Comentario a la Sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1996. Asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94. *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, y Werner, Úrsula y Torsten Knor v. Bundesrepublik Deutschland*)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 1, Enero/Junio 1997, pp. 261 ss.
 - *La responsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares por el incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000.
 - PHELAN, W., “Enforcement and Escape in the Andean Community: Why the Andean Community of Nations is Not a Replica of the European Union”, *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, 2014.
 - PUNZÓN MORALEDA, J., *La acción de indemnización por responsabilidad extracontractual según el artículo 215.2 del T.CE.*, Ediciones de la UCLM, Cuenca, 2006.
 - QUINDIMIL LÓPEZ, J., “El fenómeno del mimetismo entre organizaciones internacionales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 6, 2002, pp. 585 ss.
 - *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
 - REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público, II. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987.
 - REMIRO BROTONS, A., Díez-Hochleitner, J., Riquelme Cortado, R., Pérez-Prat Durbán, L. y Orihuela Calatayud, E., *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - ROMERO, A., “El TLC Colombia-USA”, *Tendencias – Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas*, vol. VII, N° 2, Universidad de Nariño, Pasto, pp. 29 ss.
 - RUIZ OREJUELA, W., *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2010.
 - SÁCHICA APONTE, L., *Introducción al Derecho comunitario andino*, Tribunal

- de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985.
- SALAZAR, R., conferencia “Proyecto de Reformas al Tratado del Tribunal”, Quito, 1995.
 - SALDÍAS, O., “Networks, Courts and Regional Integration. Explaining the Establishment of the Andean Court of Justice”, *The Transformative Power of Europe*, Kolleg-Forscherguppe (KFG) Working Paper Series, N° 20, Freie Universität Berlin, November 2010.
 - “Bringing The Think Tanks Into The Court Room. The Establishment of the Andean Court of Justice and the Action of Professional Networks”, *Workshop on Regional Integration*, University of Bamberg, 2010.
 - “La libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, en *Seminario ‘La Libre Circulación de Personas en los Procesos de Integración Económica’*, 28-29 de septiembre de 2011, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 2 ss.
 - “¿Refugiándose en redes epistémicas? El Tribunal de la Comunidad Andina y la independencia judicial”, *Tribunales en Organizaciones de Integración: MERCOSUR, Comunidad Andina y Unión Europea*, HERNÁNDEZ RAMOS, M., SAIZ ARNAIZ, A., TORRES PÉREZ, A. y ZELAIA GARAGARZA, M. (Dirs.), Primera edición, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 51 ss.
 - SASAKI OTANI, M. A., “El sistema de sanciones por incumplimiento en el ámbito de la Comunidad Andina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional (AMDI)*, vol. XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D. F., 2012, pp. 301 ss.
 - “La retirada de Venezuela de la Comunidad Andina y su eventual adhesión al MERCOSUR: ¿En un limbo integracionista?”, *EJIL-Eafit Journal of International Law*, vol. 3, N° 2, Medellín, 2012, pp. 56 ss.
 - “El régimen común sobre propiedad industrial en la Comunidad Andina tras la adopción de la Decisión 689: ¿Integración regional o acuerdos bilaterales?”, *Derecho Internacional en la Práctica Latinoamericana*, TÉLLEZ CARVAJAL, E. y OLIVEIRA DO PRADO, R. (Dirs.), Primera edición, Tirant lo Blanch, Colección UNAM-Tirant, México D. F., 2014, pp. 67 ss.
 - SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, Segunda edición, Little, Brown and

Company, Boston y Toronto.

- SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA, *Memoria correspondiente al período agosto 1997 - agosto 2002*.
- Documento de trabajo “Solución de controversias derivadas de incumplimientos en la Comunidad Andina”, SG/dt 258/Rev.1 de 22.10.2004.
- *Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias*, SGCA, Lima, 2008.
- SHANY, Y., “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law”, *European Journal of International Law*, N° 26/5, 2006, pp. 907 ss.
- SIERRALTA RÍOS, A., “Los mecanismos de solución de controversias en la Comunidad Andina de naciones: desarrollo, tendencias y los desafíos del comercio internacional”, p. 7. Disponible en: <http://www.cepal.org> (1.4.2014).
- SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “Los actos ilícitos en el Derecho romano”, *Revista Vniversitas*, 2004, pp. 692 ss.
- SOTELO DE ANDREAU, M., “Las sanciones en materia de responsabilidad del Estado. Problemas actuales y Derecho comunitario”, *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, DAMSKY, I., LÓPEZ OLVERA, M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (Dirs.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), México D. F., 2007, pp. 297 ss.
- SOTOMAYOR VÉRTIZ, A., *Normas antidumping y antitrust en los procesos de integración*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- STONE SWEET, A., “Judicialization and the Construction of Governance”, *Comparative Political Studies*, vol. 32, N° 2, April 1999, pp. 147-184.
- SUÁREZ MEJÍAS, J. L., *Integración y Supranacionalidad en la Comunidad Andina: Proceso decisorio, Sistema jurisdiccional y relación con los Derechos nacionales*, Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.
- “La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros y de los órganos comunitarios por la infracción del Derecho andino”, *Jornada sobre Derecho Subregional Andino*, Universidad de Margarita, Colección Eventos, 2003, pp. 215 ss.

- *La Responsabilidad Patrimonial del Estado y el Derecho Comunitario: una visión europea, andina y venezolana*, Colección Cuadernos N° 10, Sherwood, Caracas, 2006.
- “El contencioso andino de la responsabilidad patrimonial de los Estados: el caso Sofaven”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje Al Prof. Luis H. Farias Mata*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 355 ss.
- “La reforma del artículo 153 de la Constitución de 1999: un severo retroceso de una gran avance”, *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, 112, Caracas, 2007, pp. 125 ss.
- TALLBERG, J., “Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability”, *Journal of European Public Policy*, vol. 7, 2000.
- TANGARIFE TORRES, M., *Derecho de la integración en la Comunidad Andina*, Departamento de Publicaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005.
- TOBÓN FRANCO, N. “La doctrina del acto claro y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina”, *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, N° 109, Bogotá, 2005, pp. 461 ss.
- TRAZEGNIES, F., *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995.
- TREMOLADA ÁLVAREZ, E., “Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia?”, *Revista Oasis 2006-07*, N° 12, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 317 ss.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, “Proyecto de Protocolo modificadorio del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” (1986), *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 1993.
 - Documento “Comentarios y sugerencias del TJCA al Proyecto de Protocolo modificadorio del TCTJCA”, Quito, 2014.
 - *Informe de Labores de la Gestión 2015*, Quito, 2016.
 - “Estadísticas de la actividad judicial del TJCA en el período 1984-2016”, Secretaría General del TJCA, Quito, 2016.

- TRIDIMAS, T., *The General principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999.
- “Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?”, *Common Market Law Review*, n° 2, 2001, pp. 301 ss.
- TROYA JARAMILLO, J., *Estudios de Derecho Internacional Tributario*, Pudeleco, Quito, 2008.
- VAN GERVEN, W., “Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Law after Francovich and Brasserie”, *International & Comparative Law Quarterly*, n° 3, 1996, pp. 507 ss.
- VAN LEEUWEN, B. y CONDON, R., *Bottom up or rock bottom harmonization? Francovich State liability in national courts*, European University Institute (EUI), Working Papers LAW, vol. 2015/03, Florencia, 2015.
- VAN ROOSEBEKE, B., *State Liability for Breaches of European Law*, GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden, 2007.
- VIGIL TOLEDO, R., “La cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la consulta prejudicial”, *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Testimonio Comunitario*, Quito, 2004.
- *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- “El reflejo de la jurisprudencia europea en los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: aspectos teóricos y pragmáticos”, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2011.
- “El aporte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a la integración suramericana”, *Estado y futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina*, I Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, ÁLVAREZ ZÁRATE, J., GRANDO, M. y HESTERMEYER, H. (Dir.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 345 ss.

II. JURISPRUDENCIA CITADA

Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

- STJCA de 3.12.1987, Proceso 1-IP-87.
- STJCA de 25.5.1988, Proceso 2-IP-88.
- STJCA de 26.1.1990, Proceso 3-IP-1989.
- STJCA de 25.2.1994, Proceso 6-IP-93.
- STJCA de 9.12.1994, Proceso 6-IP-94.
- STJCA de 30.10.1996, Proceso 1-AI-96.
- STJCA de 24.3.1997, Proceso 3-AI-96.
- STJCA de 26.2.1998, Proceso 1-AN-97.
- STJCA de 17.8.1998, Proceso 4-AN-97.
- STJCA de 24.9.1998, Proceso 2-AI-97.
- STJCA de 16.6.1999, Proceso 30-IP-98.
- STJCA de 21.7.1999, Proceso 7-AI-98.
- Auto del TJCA de 20.10.1999, Proceso 1-AI-97 (Sumario por incumplimiento de sentencia).
- STJCA de 27.10.1999, Proceso 4-AI-98.
- STJCA de 12.11.1999, Proceso 7-AI-99.
- STJCA de 22.3.2000, Proceso 16-AI-99.
- STJCA de 5.7.2000, Proceso 46-AI-99.
- STJCA de 13.10.2000, Proceso 43-AI-99.
- STJCA de 28.9.2001, Proceso 89-AI-2000.
- STJCA de 16.11.2001, Proceso 51-AI-00.
- STJCA de 1.2.2002, Proceso 14-AN-2001.
- Auto del TJCA de 6.3.2002, Proceso 53-AI-99 (Sumario por incumplimiento de sentencia).
- STJCA de 24.4.2002, Proceso 53-AI-2000.
- STJCA de 29.5.2002, Proceso 71-AI-2001.
- Auto del TJCA de 29.5.2002, Proceso 75-AI-2001.
- STJCA de 27.6.2002, Proceso 1-AI-2001.
- Auto del TJCA de 29.1.2003, Proceso 75-AI-2001.
- STJCA de 27.8.2003, Proceso 52-AI-2002.

- STJCA de 22.10.2003, Proceso 70-RO-2003.
- STJCA de 12.11.2003, Proceso 131-IP-2003.
- STJCA de 31.3.2004, Proceso 13-IP-2004.
- STJCA de 5.11.2004, Proceso 117-AI-2003.
- STJCA de 13.1.2005, Proceso 132-AI-2003.
- STJCA de 6.4.2005, Proceso 165-IP-2004.
- STJCA de 14.4.2005, Proceso 118-AI-2003.
- STJCA de 15.6.2005, Proceso 125-AI-2004.
- STJCA de 27.7.2005, Proceso 76-IP-2005.
- STJCA de 28.9.2005, Proceso 136-AI-2004.
- STJCA de 19.4.2006, Proceso 117-AI-2004.
- Auto del TJCA de 27.6.2006, Proceso 145-AI-2005.
- STJCA de 5.7.2006, Proceso 50-IP-2006.
- STJCA de 11.10.2006, Proceso 1-AI-2006.
- STJCA de 30.10.2006, Proceso 1-AI-96.
- STJCA de 17.11.2006, Proceso 214-AN-2005.
- STJCA de 19.1.2007, Proceso 179-IP-2006.
- STJCA de 25.1.2007, Proceso 200-AI-2005.
- Auto del TJCA de 21.3.2007, Proceso 214-AN-2005.
- STJCA de 24.10.2007, Proceso 143-AI-2005.
- STJCA de 23.1.2008, Proceso 3-AI-2006.
- STJCA de 15.7.2009, Proceso 5-AI-2007.
- STJCA de 17.11.2009, Proceso 2-AN-2007.
- STJCA de 27.1.2010, Proceso 5-AI-2008.
- STJCA de 29.4.2010, Proceso 31-IP-2010.
- STJCA de 26.8.2011, Proceso 3-AI-2010.
- STJCA de 15.2.2012, Proceso 111-IP-2011.
- STJCA de 18.4.2012, Proceso 22-IP-2012.
- Auto de 19.7.2012, Proceso 118-AI-2003.
- STJCA de 15.3.2013, Proceso 106-IP-2012.
- STJCA de 25.4.2013, Proceso 129-IP-2012.
- STJCA de 19.6.2013, Proceso 1-AN-2010.
- STJCA de 13.5.2014, Proceso 181-IP-2013.
- STJCA de 21.5.2014, Proceso 248-IP-2013.

- STJCA de 18.6.2014, Proceso 67-IP-2014.
- STJCA de 17.9.2014, Proceso 80-IP-2014.
- STJCA de 20.11.2014, Proceso 121-IP-2014.
- STJCA de 28.11.2014, Proceso 105-IP-2014.
- STJCA de 24.8.2015, Proceso 242-IP-2015.
- STJCA de 26.8.2016, Proceso 2-AN-2015.

Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJCE de 16.12.1960, as. *Jean-E. Humblet v. Belgian State*, 6/60.
- STJCE de 5.2.1963, as. *Van Gend & Loos*, 26/62.
- STJCE de 15.7.1964, as. *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, 6/64.
- STJCE de 5.5.1970, as. *Comisión/Bélgica*, 77/69.
- STJCE de 18.11.1970, as. *Comisión/Italia*, 8/70.
- STJCE de 2.12.1971, as. *Zuckerfabrik Schöppenstedt v. Consejo*, 5/71.
- STJCE 26.2.1976, as. *Comisión/Italia*, 52/75.
- STJCE de 9.3.1978, as. *Simmenthal*, 106/77.
- STJCE de 25.5.1978, as. *Bayerische HNL*, 83 y 95/76, 4, 15 y 40/77.
- STJCE de 21.6.1983, as. *Comisión c. Francia*, 90/82.
- STJCE de 7.11.1985, as. *Stanley George Adams contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 145/83.
- STJCE de 15.1.1987, as. *G.A.E.C. c. Consejo y Comisión*, 253/84.
- STJCE de 19.11.1991, as. *Andrea Francovich y Daniela Bonifacci y otros vs. República italiana*, C-6/90 y C-9/90.
- STJCE de 13.3.1992, as. *Industrie Handelsonderneming Vreugdenhil BV v. Comisión*, C-282/90.
- STJCE de 19.5.1992, as. *J. M. Mulder y otros y Otto Heinemann contra Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas*, C-104/89 y C-37/90.
- STJCE de 5.3.1996, as. *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93.
- STJCE de 23.5.1996, as. *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, C-5/94.
- STJCE de 2.12.1997, as. *Fantask*, C-188/95.
- STJCE de 4.5.1999, as. *Chiemsee*, C-108/97 y C-109/97.

- STJCE de 4.7.2000, as. *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA y Jean-Jacques Goupil contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-352/98.
- STJCE de 9.10.2001, as. *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-377/98.
- STJCE de 30.9.2003, as. *Gerhard Köbler contra la República de Austria*, C-224/01.
- STJCE de 13.6.2006, as. *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/09.
- STJUE de 26.10.2006, as. *Mostaza Claro*, C-168/05.
- STJUE de 6.10.2009, as. *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08.
- STJUE de 16.9.2013, as. *Animal Trading Company*, T-333/10.
- STJUE de 25.11.2014, as. *Safa Nicu Sepahan*, T-384/11.
- STJUE de 9.9.2015, as. *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*, C-160/14.
- STJUE de 17.12.2015, as. *María Auxiliadora Arjona Camacho contra Securitas Seguridad España*, C-407/14.

Conclusiones de Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Conclusiones del Abogado General Philippe Léger presentadas el 20.6.1995, as. *Hedley Lomas*, C-5/94.
- Conclusiones del Abogado General Nial Fennelly presentadas el 16.11.1995, as. C-334/94.
- Conclusiones del Abogado General Tesauro presentadas el 28.11.1995, as. *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 y C-48/93.
- Conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 3.6.2003, as. *Comisión/Italia*, C-129/00.

Pronunciamientos de otros tribunales

- Providencias de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 3.3.1999 (medidas provisionales) y de 27.6.2001, as. *LaGrand*.
- Sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 6.11.2003, as. *Plataformas petroleras*.

- Sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 31.3.2004, as. *Avena*.
- Opinión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de 9.7.2004, as. *Muro en el territorio palestino ocupado*.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 10.3.1972, as. *De Wilde*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la AELC de 10.12.1998, as. *Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland*, E-9/97.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la AELC de 30.5.2002, as. *Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State*, E-4/01.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la AELC de 20.6.2008, as. *Celina Nguyen v Staten v/Justis- og politidepartementet*, E-8/07.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la AELC de 11.12.2012, as. *HOB-vín ehf. v The State Alcohol and Tobacco Company of Iceland (ÁTVR)*, E-2/12.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 25.5.1995, Expediente D-576.
- Sentencia de la Corte Suprema de la República del Perú de 7.9.2001., as. *Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S.A.*, casación N° 1308-2001.

III. INSTRUMENTOS ANDINOS CITADOS

- Acta emitida en la I Reunión de Plenipotenciarios para la Elaboración del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, *Memoria del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 1992.
- Acuerdo de Cartagena.
- Acuerdo N° 1 de 20.5.1998 mediante el cual el TJCA emitió el “Reglamento interno sobre costas”.
- Dictamen 5-2007 de la SGCA de 1.6.2007.
- Dictamen 1-2016 de la SGCA de 22.1.2016.
- Dictamen 4-2016 de la SGCA de 17.6.2016.
- Protocolo de Cochabamba de 28.5.1996.
- Protocolo de Trujillo de 10.3.1996.
- Reglamento Interno de la SGCA.

- Resolución 594 de la SGCA de 12.2.2002.
- Resolución 800 de la SGCA de 20.2.2004.
- Resolución 837 de la SGCA de 16.7.2004.
- Resolución 897 de la SGCA de 4.2.2005.
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA).

Decisiones andinas

- Decisión 282 'Armonización de franquicias arancelarias'.
- Decisión 291 'Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías'.
- Decisión 322 'Relaciones comerciales con países de ALADI, Centroamérica y el Caribe'.
- Decisión 324 'Arancel externo común, Programa de liberación e incentivos a las exportaciones intrasubregionales'.
- Decisión 330 'Eliminación de subsidios y armonización de incentivos a las exportaciones intrasubregionales'.
- Decisión 345 'Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales'.
- Decisión 351 'Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos'.
- Decisión 366 'Modificación de la Disposición Transitoria Tercera de la Decisión 345'.
- Decisión 388 'Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes'.
- Decisión 391 'Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos'.
- Decisión 420 'Armonización de mecanismos de financiamiento y seguro de crédito a las exportaciones intrasubregionales'.
- Decisión 423 'Modificación de la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391: Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos'.
- Decisión 425 'Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina'.
- Decisión 448 'Modificación de la Octava Disposición Transitoria de la Decisión 391: Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos'.

- Decisión 454 'Lineamientos para negociación multilateral sobre agricultura en la OMC, la armonización de derechos consolidados y contingentes arancelarios y coordinación ante la OMC para productos agropecuarios entre los países miembros'.
- Decisión 486 'Régimen Común sobre Propiedad Industrial'.
- Decisión 500 'Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina'.
- Decisión 516 'Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos'.
- Decisión 570 'Actualización de la nomenclatura común – Nandina'.
- Decisión 598 'Relaciones comerciales con terceros países'.
- Decisión 599 'Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado'.
- Decisión 600 'Armonización de los impuestos tipo selectivo al consumo'.
- Decisión 618 'Incorporación progresiva del anexo general y referencia de los anexos específicos del Convenio Internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (Convenio de Kyoto)'.
- Decisión 619 'Normas para la armonización de los derechos y obligaciones de los usuarios, transportistas y operadores de los servicios de transporte aéreo en la CAN'.
- Decisión 623 'Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento'.
- Decisión 632 'Aclaración del segundo párrafo del artículo 266 de la Decisión 486'.
- Decisión 635 'Modificación de las Decisiones 599 y 600 relativas a la Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado y Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo'.
- Decisión 653 'Actualización de la nomenclatura común – Nandina'.
- Decisión 657 'Actualización del Arancel Integrado Andino (Arian)'.
- Decisión 659 'Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización normativa'.
- Decisión 671 'Armonización de regímenes aduaneros'.
- Decisión 675 'Modificaciones a la Decisión 653 actualización de la nomenclatura común Nandina'.

- Decisión 689 'Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los países miembros'.
- Decisión 703 'Modificaciones del texto único de la nomenclatura común Nandina establecido por las Decisiones 653 y 675 (actualización de la nomenclatura común Nandina)'.
- Decisión 706 'Armonización de legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal'.
- Decisión 722 'Modificaciones del texto único de la nomenclatura común Nandina establecido por las Decisiones 653, 675 y 703 (actualización de la nomenclatura común Nandina)'.
- Decisión 756 'Estadísticas armonizadas de balanza de pagos en la CAN'.
- Decisión 766 'Actualización de la nomenclatura común (Nandina)'.
- Decisión 777 'Modificación de la Decisión 516: Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos'.
- Decisión 782 'Programa de armonización de estadísticas y cuentas satélite de la cultura'.
- Decisión 784 'Modificación de la Decisión 706: Armonización de legislaciones en materia de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal'.
- Decisión 792 'Implementación de la Reingeniería del Sistema Andino de Integración'.
- Decisión 805 'Política Arancelaria de la Comunidad Andina'.

IV. OTRA DOCUMENTACIÓN CITADA

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Código Civil del Perú.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (Ley 1437 de 2011).
- Código de Procedimiento Civil de Bolivia.
- Código de Procedimiento Civil de Colombia.
- Código de Procedimiento Civil del Ecuador.

- Código Procesal Civil del Perú.
- Constitución Española.
- Constitución Política de Colombia.
- Decreto Supremo N° 10-97-ITINCI publicado en el Diario Oficial “El Peruano” de 6.6.1997.
- Estatuto del TJUE.
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo 017-93-JUS.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Páginas webs

- Alianza del Pacífico: www.alianzapacifico.net
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID): www.iadb.org
- Comunidad Andina (CAN): www.comunidadandina.org
- Corte de Justicia del Caribe: www.caribbeancourtjustice.org/
- Diario El Comercio (Ecuador): www.elcomercio.com
- Diario El Tiempo (Colombia): www.eltiempo.com
- Diario El Universo (Ecuador): www.eluniverso.com
- Diario La Razón (Bolivia): www.la-razon.com
- Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL): www8.iadb.org/intal
- Mercado Común del Sur (MERCOSUR): www.mercosur.int/
- Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA): www.phrma.org
- Real Academia Española: www.rae.es
- The Telegraph: www.telegraph.co.uk
- Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del MERCOSUR: www.tprmercosur.org
- Tribunal Supremo de Venezuela: www.tsj.gob.ve

ANEXOS

1. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA).
2. Decisión 500 que contiene el 'Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina' (ETJCA).
3. Decisión 425 que contiene el 'Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina'.
4. Decisión 623 que contiene el 'Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento'.

TRATADO DE CREACION DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), aprobado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996.

PERSUADIDOS de que la integración económica latinoamericana y particularmente la consagrada en el Acuerdo de Cartagena constituye un propósito común de desarrollo económico y social; y teniendo en cuenta la Declaración de los Presidentes de los Países Andinos formulada en Bogotá el 8 de agosto de 1978;

CONSCIENTES de que es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa o indirectamente del Acuerdo de Cartagena, con el fin de que la integración alcance los efectos que de ella esperan los pueblos de los Países Miembros;

CONVENCIDOS de que algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico;

SEGUROS de que la estabilidad del Acuerdo de Cartagena y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo de Cartagena, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente;

CONVIENEN, por medio de sus Representantes Plenipotenciarios debidamente autorizados, en celebrar, a tal efecto, el siguiente Tratado que crea el ⁴⁶⁶

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CAPITULO I

DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;

⁴⁶⁶ El numeral Primero del Protocolo de Cochabamba dice: "**PRIMERO.-** Modifíquese el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de acuerdo con el siguiente texto:".

- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

CAPITULO II

DE LA CREACION Y ORGANIZACION DEL TRIBUNAL

Artículo 5.- Créase el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como órgano jurisdiccional de la misma, con la organización y las competencias que se establecen en el presente Tratado, y sus Protocolos Modificatorios.

El Tribunal tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador.

Artículo 6.- El Tribunal está integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia.

Los magistrados gozarán de plena independencia en el ejercicio de sus funciones, no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, y se abstendrán de cualquier actuación incompatible con el carácter de su cargo.

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en consulta con el Tribunal, podrá modificar el número de magistrados y crear el cargo de Abogado General, en el número y con las atribuciones que para el efecto se establezcan en el Estatuto a que se refiere el Artículo 13.

Artículo 7.- Los magistrados serán designados de ternas presentadas por cada País Miembro y por la unanimidad de los Plenipotenciarios acreditados para tal efecto. El Gobierno del país sede convocará a los Plenipotenciarios.

Artículo 8.- Los magistrados serán designados por un período de seis años, se renovarán parcialmente cada tres años y podrán ser reelegidos por una sola vez.

Artículo 9.- Cada magistrado tendrá un primer y segundo suplente que lo reemplazarán, en su orden, en los casos de ausencia definitiva o temporal, así como de impedimento o recusación, de conformidad con lo que se establezca en el Estatuto del Tribunal. Los suplentes deberán reunir iguales calidades que los principales. Serán designados en las mismas fecha y forma y por igual período al de aquéllos.

Artículo 10.- Los magistrados podrán ser removidos a requerimiento del Gobierno de un País Miembro, únicamente cuando en el ejercicio de sus funciones hubieran incurrido en falta grave prevista en el Estatuto del Tribunal y de conformidad con el procedimiento en él establecido. Para tal efecto, los Gobiernos de los Países Miembros designarán Plenipotenciarios, quienes, previa convocatoria del Gobierno del país sede, resolverán el caso en reunión especial y por unanimidad.

Artículo 11.- Al término de su período, el magistrado continuará en el ejercicio de su cargo hasta la fecha en que tome posesión quien lo reemplace.

Artículo 12.- Los Países Miembros se obligan a otorgar al Tribunal todas las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

El Tribunal y sus magistrados gozarán en el territorio de los Países Miembros de las inmunidades reconocidas por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus archivos y de su correspondencia oficial, y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el Artículo 31 de la mencionada Convención de Viena.

Los locales del Tribunal son inviolables y sus bienes y haberes gozan de inmunidad contra todo procedimiento judicial, salvo que renuncien expresamente a ésta. No obstante, tal renuncia no se aplicará a ninguna medida judicial ejecutoria.

Los magistrados, el Secretario del Tribunal y los funcionarios a quienes aquél designe con el carácter de internacionales gozarán en el territorio del país sede de las inmunidades y privilegios correspondientes a su categoría. Para estos efectos, los magistrados tendrán categoría equivalente a la de jefes de misión y los demás funcionarios la que se establezca de común acuerdo entre el Tribunal y el Gobierno del país sede.

Artículo 13.- Las modificaciones al Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado mediante la Decisión 184, se adoptarán por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a propuesta de la Comisión y en consulta con el Tribunal.

Corresponderá al Tribunal dictar su reglamento interno.

Artículo 14.- El Tribunal nombrará su Secretario y el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 15.- El Tribunal presentará informes anuales al Consejo Presidencial Andino, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión.

Artículo 16.- La Comisión de la Comunidad Andina aprobará anualmente el Presupuesto del Tribunal. Para este efecto, el Presidente del Tribunal enviará cada año, en fecha oportuna, el correspondiente proyecto de Presupuesto.

CAPITULO III

DE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL

Sección Primera De la Acción de Nulidad

Artículo 17.- Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado.

Artículo 18.- Los Países Miembros sólo podrán intentar la acción de nulidad en relación con aquellas Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo.

Artículo 19.- Las personas naturales y jurídicas podrán intentar la acción de nulidad contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General o de los Convenios que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Artículo 20.- La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de la Resolución de la Secretaría General o del Convenio objeto de dicha acción.

Aunque hubiere expirado el plazo previsto en el párrafo anterior, cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces o tribunales nacionales, podrá solicitar a dichos jueces o tribunales, la inaplicabilidad de la Decisión o Resolución al caso concreto, siempre que el mismo se relacione con la aplicación de tal norma y su validez se cuestione, conforme a lo dispuesto en el Artículo 17.

Presentada la solicitud de inaplicabilidad, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél.

Artículo 21.- La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados.

Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil

reparación mediante la sentencia definitiva.

Artículo 22.- Cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo. El órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal.

Sección Segunda

De la Acción de Incumplimiento

Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.

Artículo 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.

Artículo 26.- En los casos en que se hubiere emitido una Resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate de un caso de incumplimiento flagrante, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento, emitirá, a la brevedad posible, un Dictamen motivado, a partir del cual ésta o el País Miembro afectado, podrán acudir directamente al Tribunal.

Artículo 27.- Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.

Si dicho País Miembro no cumpliera la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al País Miembro remiso.

En todo caso, el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución.

El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros.

Artículo 28.- El Tribunal, antes de dictar sentencia definitiva, a petición de la parte demandante y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación.

Artículo 29.- Las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento son revisables por el mismo Tribunal, a petición de parte, fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso, siempre que el hecho hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión.

La demanda de revisión deberá presentarse dentro de los noventa días siguientes al día en que se descubra el hecho y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia.

Artículo 30.- La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

Sección Tercera

De la Interpretación Prejudicial

Artículo 32.- Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que

conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

Artículo 34.- En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Artículo 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

Artículo 36.- Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección.

Sección Cuarta

Del Recurso por Omisión o Inactividad

Artículo 37.- Cuando el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General, se abstuvieren de cumplir una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, dichos órganos, los Países Miembros o las personas naturales o jurídicas en las condiciones del Artículo 19 de este Tratado, podrán requerir el cumplimiento de dichas obligaciones.

Si dentro de los treinta días siguientes no se accediere a dicha solicitud, el solicitante podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie sobre el caso.

Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, el Tribunal emitirá la providencia correspondiente, con base en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones del órgano objeto del recurso. Dicha providencia, que será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.

Sección Quinta

De la Función Arbitral

Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las

controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.

Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.

Artículo 39.- La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrativo las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

La Secretaría General emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.

Sección Sexta

De la Jurisdicción Laboral

Artículo 40.- El Tribunal es competente para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

CAPITULO IV

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 41.- Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros.

Artículo 42.- Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

Los Países Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado.

Artículo 43.- La Secretaría General editará la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena en la cual se publicarán las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, los Convenios, las Resoluciones y Dictámenes de la Secretaría General y las sentencias del Tribunal.

El Secretario General podrá disponer, excepcionalmente, la publicación de otros actos jurídicos, siempre que éstos tengan carácter general y su conocimiento sea de interés para la Comunidad Andina.

Artículo 44.- Cuando lo considere necesario para el cumplimiento de sus funciones, el Tribunal podrá dirigirse directamente a las autoridades de los Países Miembros.

Artículo 45.- El Presidente del Tribunal coordinará reuniones y acciones con las máximas autoridades judiciales de los Países Miembros a fin de promover la difusión y el perfeccionamiento del derecho comunitario así como su aplicación uniforme.

VIGENCIA

SEGUNDO.- El presente Protocolo Modificatorio entrará en vigencia cuando todos los Países Miembros que lo suscriban hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina y haya entrado en vigencia el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) aprobado en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996.⁴⁶⁷

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

TERCERO.- La Comisión de la Comunidad Andina adoptará la Decisión que contenga la nueva codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyo proyecto le será presentado por el Tribunal.

CUARTO.- Los procedimientos que se encuentren en trámite ante el Tribunal y la Secretaría General a la fecha de entrada en vigencia del presente Protocolo Modificatorio, se adecuarán a lo previsto en éste.

EN FE DE LO CUAL, se suscribe el presente Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, a los 28 días del mes de mayo de 1996.

⁴⁶⁷ El Protocolo Modificatorio entró en vigencia el 25 de agosto de 1999, fecha en la cual quedaron depositados todos los instrumentos de ratificación en la Secretaría General de la Comunidad Andina. Así mismo, el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Cartagena aprobado en Trujillo entró en vigencia el 2 de junio de 1997.

DECISION 500

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES,
VISTOS: El artículo 13 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, y la Propuesta presentada por la Comisión, formulada previa consulta con el Tribunal;

CONSIDERANDO: Que, con el fin de regular el funcionamiento del Tribunal, así como el ejercicio de las acciones previstas en su Tratado de Creación, establecidas para garantizar el cumplimiento de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena, cuyos principios y objetivos deberán ser observados en la creación de toda norma jurídica comunitaria y en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo, en aras de una integración andina equilibrada y armónica; y,

Que, como resultado de las modificaciones al Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) introducidas por el Protocolo de Trujillo, así como las derivadas del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Protocolo de Cochabamba), corresponde al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobar las modificaciones al Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado mediante la Decisión 184 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena;

DECIDE:

Aprobar el siguiente:

ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 1.- Definiciones

En las disposiciones de este Estatuto se entenderá por:

- ACUERDO: El Acuerdo de Cartagena y sus Protocolos e Instrumentos adicionales.
- AUTORIDAD NACIONAL COMPETENTE: La autoridad que cada País Miembro designa para que lo represente en las acciones y procedimientos previstos por el Tratado y el presente Estatuto.
- TRATADO: El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- CONSEJO PRESIDENCIAL, CONSEJO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES, COMISION, SECRETARIA GENERAL, TRIBUNAL, PARLAMENTO, INSTITUCIONES CONSULTIVAS, INSTITUCIONES FINANCIERAS: El Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, las Instituciones Consultivas del Sistema Andino de Integración, las Instituciones Financieras del Sistema; respectivamente.

- ESTATUTO: El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- PAIS MIEMBRO, PAISES MIEMBROS: Un País Miembro, los Países Miembros de la Comunidad Andina, respectivamente.
- REGLAMENTO INTERNO: El Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Artículo 2.- Naturaleza y características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino.

Artículo 3.- Ámbito de aplicación

Las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se aplican en el territorio de los Países Miembros a todos sus habitantes.

TITULO PRIMERO

DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Disposiciones Generales

Artículo 4.- Naturaleza y fines del Tribunal

El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros.

El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino.

Artículo 5.- Jurisdicción del Tribunal

El Tribunal ejerce su jurisdicción sobre la Comunidad Andina dentro del marco de competencias establecido en el ordenamiento jurídico comunitario.

Artículo 6.- Inmunidades, privilegios y sede

Los Países Miembros están obligados a otorgar a los Magistrados, al Secretario y a los funcionarios internacionales del Tribunal las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones, quienes gozarán de las inmunidades y privilegios reconocidos por los usos internacionales, y, en particular, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus personas, archivos y de su correspondencia oficial, y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el artículo 31 de la mencionada Convención de Viena.

Para efectos del inciso anterior, los Magistrados tendrán categoría equivalente a la de jefes de misión y gozarán de las mismas inmunidades y privilegios que el Derecho Internacional reconoce y otorga a tales cargos diplomáticos. El Secretario y los funcionarios internacionales tendrán la categoría que se establezca entre el Tribunal y el Gobierno del país Sede.

El Tribunal tiene su sede en la ciudad de San Francisco de Quito.

CAPITULO I DE LOS MAGISTRADOS Y SUS SUPLENTE

Artículo 7.- Designación de los Magistrados y sus suplentes

Los Magistrados y sus suplentes serán designados con no menos de dos meses de anticipación a la finalización del período de sus predecesores. Para tal efecto, el Gobierno del país sede requerirá, a los Países Miembros que corresponda, la presentación de las ternas respectivas y convocará a los plenipotenciarios a que se refiere el artículo 7 del Tratado, con no menos de tres meses de anticipación a la finalización de dicho período, para su elección.

Cuando ocurriere vacancia absoluta del cargo de primer suplente, el segundo ascenderá en el orden de la lista, la cual sólo podrá ser reelaborada al ocurrir la vacancia de ambos cargos y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 9 del Tratado.

Artículo 8.- Período

Los períodos de los Magistrados y sus suplentes son fijos y se contarán a partir del día quince de enero del año en que finalice el período de sus predecesores.

En caso de vacancia absoluta del Magistrado, éste será reemplazado por su suplente hasta el final del período del titular.

No obstante, al término de su período el Magistrado continuará en el ejercicio del cargo hasta la fecha en que tome posesión quien lo reemplace.

Artículo 9.- Posesión

Dentro de los treinta días siguientes a la iniciación del período, el Magistrado designado prestará, preferentemente en sesión del Tribunal y en su sede, o ante su Presidente o quien haga sus veces, y el Secretario, el juramento de que ejercerá sus atribuciones a conciencia y con absoluta imparcialidad, mantendrá la reserva respecto de las actuaciones que así lo requieran y cumplirá los deberes inherentes a sus funciones.

Acto seguido, el Presidente del Tribunal declarará al Magistrado en posesión del cargo, quien entrará de inmediato al ejercicio de sus funciones.

De la posesión se levantará un acta que será suscrita por el Presidente, el Magistrado y el Secretario.

Artículo 10.- Levantamiento de la inmunidad

La autoridad competente del país sede podrá levantar la inmunidad de su jurisdicción civil y penal, reconocida a los Magistrados, en virtud del artículo 12 del Tratado, y de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, previa opinión favorable del Tribunal.

Recibida la solicitud de levantamiento de la inmunidad, se la notificará al Magistrado y se le concederán cinco días para presentar sus descargos.

El Tribunal podrá abrir un término para recibir la información que corresponda y decidirá la petición, mediante resolución motivada, emitida en sesión en la que no participará el Magistrado investigado.

El procedimiento para el trámite de la solicitud de levantamiento de la inmunidad tendrá carácter reservado.

Si el Tribunal estima que procede el levantamiento de la inmunidad y el Magistrado fuere sometido a juicio, éste habrá de desarrollarse ante la jurisdicción competente para juzgar a los más altos Magistrados judiciales del País Miembro donde se tramita la causa.

La inmunidad de jurisdicción del Magistrado, en los demás casos, no le exime de la jurisdicción del País Miembro de su nacionalidad. En tal caso, si hubiere sentencia condenatoria en proceso penal, el Tribunal determinará la vacancia del cargo, siempre y cuando aquélla haya sido dictada por la comisión de delitos intencionales o dolosos.

Artículo 11.- Remoción por faltas graves

Los Magistrados sólo podrán ser removidos de sus cargos, en virtud de lo que dispone el artículo 10 del Tratado, por haber incurrido comprobadamente en la comisión de faltas graves. Se consideran faltas graves de los Magistrados las siguientes:

- a) La mala conducta notoria;
- b) Cualquier acción incompatible con el carácter de su cargo;
- c) La falta reiterada a los deberes inherentes a su función;
- d) El desempeño de actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente o académica; y
- e) La violación del juramento prestado al tomar posesión del cargo.

Este artículo es también aplicable a los suplentes que tomen posesión del cargo para ejercerlo temporalmente y sólo mientras se encuentren en el ejercicio de la magistratura.

Artículo 12.- Solicitud de remoción

Cuando en el ejercicio de sus funciones un Magistrado incurriere en alguna de las faltas contempladas en el artículo anterior, el Gobierno de un País Miembro podrá formular, a través del Gobierno del Ecuador, solicitud motivada de remoción.

El Gobierno del Ecuador comunicará la solicitud motivada a los demás Países Miembros y al Magistrado inculcado, y convocará a los plenipotenciarios a que se refiere el artículo 7 del Tratado para que, mediante reunión que se celebrará a más tardar treinta días después, procedan a su designación.

Reunidos los plenipotenciarios, oirán al Magistrado inculcado y resolverán por unanimidad y en forma motivada si hay lugar a la remoción.

Artículo 13.- Convocatoria a los suplentes

Los suplentes primero y segundo, en su orden, serán llamados por el Presidente, previa disposición del Tribunal, y reemplazarán al Magistrado:

- a) Cuando el Magistrado designado no hubiese concurrido, sin justificación suficiente a juicio del Tribunal, al acto de posesión, dentro de los treinta días siguientes al de la iniciación de su período;
- b) En los casos de fallecimiento, renuncia, remoción o vacancia del cargo, por el tiempo que falte del período respectivo;
- c) En los casos de licencia, por el tiempo que dure ésta; y,
- d) En los casos de impedimento o recusación declarados con lugar, solamente en el proceso correspondiente y hasta la finalización del mismo, cuando se trate de los asuntos a que se refiere el artículo 70 de este Estatuto.

CAPITULO II DEL PRESIDENTE

Artículo 14.- Designación y período

El Tribunal tendrá un Presidente, elegido por el mismo, para un período de un año. Dicha función será ejercida sucesivamente por cada uno de los Magistrados, según el orden que acuerden entre ellos o por sorteo, de conformidad con lo que establezca su Reglamento Interno.

En el caso de que ese orden deba ser alterado por circunstancias especiales, para el ejercicio de la Presidencia se seguirá el que haya sido establecido por el Reglamento Interno, como consecuencia de dicha alteración.

El Presidente electo tomará posesión ante el Tribunal, previo el juramento de rigor.

Artículo 15.- Funciones

El Presidente representará al Tribunal en toda circunstancia; dirigirá sus actividades, trabajos y servicios; convocará y presidirá sus sesiones y audiencias; y, ejercerá las demás atribuciones que el Tribunal específicamente determine en su Reglamento Interno.

Corresponderá al Presidente, en todo caso, ejercer las atribuciones y funciones inherentes a su autoridad.

Artículo 16.- Reemplazo del Presidente

En los casos de falta temporal del Presidente, originada por licencia, enfermedad, cumplimiento de misiones de servicio fuera de la sede, u otro motivo justificado, esa función la asumirá, automáticamente, por el tiempo que dure su ausencia, el último Magistrado en ejercicio que haya ocupado la Presidencia.

En los casos de impedimento o recusación del Presidente, se procederá a su reemplazo, con el mismo procedimiento señalado en el inciso anterior y sólo respecto del proceso o asunto en que dichas situaciones se produzcan.

Si la ausencia fuere definitiva, el Tribunal designará inmediatamente un nuevo Presidente para el resto del período con el mismo procedimiento previsto en el artículo 14 de este Estatuto.

CAPITULO III DEL SECRETARIO

Artículo 17.- Nombramiento y período

El Tribunal nombrará su Secretario para cumplir un período de tres años y podrá reelegirlo por una sola vez.

El cargo de Secretario se rotará entre los Países Miembros.

El Secretario tomará posesión del cargo en el Tribunal, previo el juramento de rigor ante el Presidente.

Artículo 18.- Calidades

El Secretario deberá ser nacional de origen de alguno de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y ser abogado de notoria competencia.

Artículo 19.- Funciones

Corresponde al Secretario:

- a) Dirigir, bajo la autoridad del Presidente, la Secretaría del Tribunal;
- b) Atender, conforme a instrucciones del Presidente, el despacho judicial del Tribunal, la recepción, trámite y custodia de todos los documentos, autos y notificaciones requeridos por el presente Estatuto, así como la organización y mantenimiento del registro general de los asuntos sometidos al Tribunal;
- c) Dar fe y expedir certificaciones y copias de los asuntos que cursan en el Tribunal;
- d) Convocar y concurrir a las sesiones que el Tribunal disponga por intermedio de su Presidente, sean éstas judiciales o administrativas, y convocar y asistir a las audiencias que se determinen;
- e) Redactar y custodiar las actas correspondientes a las actuaciones del Tribunal que lo requieran; y,
- f) Cumplir las demás obligaciones y ejercer las demás atribuciones que le señalen el presente Estatuto y el Reglamento Interno.

Artículo 20.- Faltas disciplinarias

Si el Secretario incurriere en alguna de las faltas graves contempladas en el artículo 11, el Tribunal examinará el caso, escuchará al afectado y adoptará resolución en sesión plenaria. Comprobada la comisión de la falta se impondrá la sanción de remoción del cargo. Las faltas leves se regularán por lo que disponga el Reglamento de Personal.

Artículo 21.- Ausencias temporales y definitivas

En caso de ausencia definitiva, vacancia o abandono del cargo, el Tribunal nombrará Secretario por un nuevo período de tres años.

En caso de ausencia temporal del Secretario, el Presidente designará al funcionario que ejercerá interinamente la Secretaría.

CAPITULO IV DE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL

Artículo 22.- Actos administrativos que dicta el Tribunal

Además de las providencias judiciales, el Tribunal dictará reglamentaciones generales bajo la forma de Acuerdos, y decisiones administrativas de efectos particulares mediante actos denominados Resoluciones.

Artículo 23.- Estructura orgánica y planta de personal

El Tribunal, en sesión plenaria, definirá la estructura orgánica y el personal necesario para el funcionamiento del Órgano.

Artículo 24.- Selección y vinculación de los funcionarios y empleados

En la designación y contratación del personal necesario para el cumplimiento de sus funciones, el Tribunal tendrá en cuenta únicamente la idoneidad, competencia y honorabilidad de los candidatos y procurará, en cuanto ello no fuere incompatible con los criterios anteriores, que en la provisión de los cargos haya una distribución geográfica subregional tan amplia y equitativa como sea posible.

Artículo 25.- Reglamento interno de personal

El Tribunal adoptará un Reglamento de personal en el que establecerá los procedimientos de selección, modalidades de contratación, categorías y periodos, así como los derechos y obligaciones y el régimen disciplinario de sus funcionarios y empleados.

CAPITULO V DE LOS RECURSOS ECONOMICOS DEL TRIBUNAL

Artículo 26.- Ingresos ordinarios y extraordinarios

Son ingresos ordinarios del Tribunal las contribuciones anuales de los Países Miembros, fijadas proporcionalmente mediante Decisión de la Comisión al aprobar el presupuesto anual del Órgano.

Otros ingresos, de cualquier naturaleza, serán considerados extraordinarios y se administrarán por el Tribunal conjuntamente con los ingresos ordinarios.

Artículo 27.- Presupuesto

El Tribunal preparará el proyecto del presupuesto anual y el Presidente lo llevará a la Comisión, con anticipación no menor de treinta días al último período ordinario de cada año.

Artículo 28.- Ejecución del presupuesto

La ejecución del presupuesto será responsabilidad del Presidente, quien para dicho efecto tiene la calidad de ordenador del gasto.

El Presidente podrá, sin embargo, delegar en funcionarios administrativos algunas de las funciones inherentes a tal responsabilidad.

CAPITULO VI DEL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL

Artículo 29.- Clases de sesiones

El Tribunal tendrá dos clases de sesiones, administrativas y judiciales, las cuales se desarrollarán de conformidad con lo que establecen el presente Estatuto y el Reglamento Interno.

Artículo 30.- Reserva de las deliberaciones

Las deliberaciones del Tribunal en materia judicial serán reservadas y se mantendrán con ese carácter hasta tanto se produzca resolución definitiva en el correspondiente proceso.

Artículo 31.- Quórum deliberatorio y decisorio en asuntos administrativos

El Tribunal necesitará para deliberar válidamente, en asuntos administrativos, la asistencia de un mínimo de tres de sus Magistrados y adoptará sus resoluciones por el voto conforme de al menos tres de ellos.

Artículo 32.- Quórum deliberatorio y decisorio en asuntos judiciales

La adopción de autos de sustanciación estará a cargo del Magistrado sustanciador. La adopción de autos interlocutorios requerirá la presencia de al menos tres Magistrados y se adoptarán con el voto conforme de al menos tres de ellos. La adopción de autos interlocutorios que ponen fin al juicio y de las sentencias requerirá la presencia de los cinco Magistrados y se adoptarán con el voto conforme de al menos tres de ellos.

El Tribunal necesitará para deliberar válidamente, en interpretaciones prejudiciales y procesos laborales, la asistencia de un mínimo de tres de sus Magistrados y adoptará sus decisiones por el voto conforme de al menos tres de ellos.

Artículo 33.- Términos judiciales

Los términos de procedimiento que establece el presente Estatuto serán de días calendario o continuos y se calcularán excluyendo el día de la fecha que constituye el punto de partida. Fuera de los días laborables no se podrán practicar diligencias judiciales. Sin embargo, de oficio o a pedido de parte, el Tribunal podrá habilitar días y horas en aquellos casos que así lo justifiquen. A tal efecto los días comienzan a las 00.00 horas y finalizan a las 24.00 horas.

Si el término finaliza en día no laborable, se entenderá prorrogado hasta el final del día laborable siguiente.

El período de vacaciones judiciales anuales del Tribunal, que no podrá exceder de treinta días, así como el rol de días no laborables, deberá ser publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, al inicio del año judicial.

A falta de término legal fijado expresamente para un acto, el Tribunal señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias.

Artículo 34.- Idioma en que se realiza la actuación ante el Tribunal

En toda actuación ante el Tribunal deberá emplearse el idioma español. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos podrán emplearse ante el Tribunal, siempre que las actuaciones estén acompañadas de su correspondiente traducción al español, conforme a lo establecido en el siguiente inciso.

Los documentos e intervenciones que se realicen en otros idiomas deberán contar con la traducción simple correspondiente, a menos que de oficio o a petición de parte se solicite la traducción oficial.

TITULO SEGUNDO DE LOS PROCEDIMIENTOS ANTE EL TRIBUNAL DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 35.- Objeto de los procedimientos judiciales

Los procedimientos previstos en el presente Estatuto tienen por objeto asegurar: la efectividad de los derechos sustantivos de las personas sujetas a su jurisdicción; la salvaguarda del espíritu de la integración; el respeto de la igualdad jurídica de las partes; y, la garantía del debido proceso.

Los procedimientos se adelantarán con sujeción al trámite común que se señala en los artículos siguientes a menos que, para determinados casos, el presente Estatuto establezca reglas especiales.

Artículo 36.- Facultades del Tribunal en materia de procedimiento

El Tribunal conducirá los procesos de acuerdo con lo dispuesto en el Tratado de su Creación y en el presente Estatuto. A tal efecto, deberá adoptar todas las medidas necesarias para encauzar el proceso y agilizar el juicio, pudiendo rechazar de plano aquellas peticiones que tiendan a dilatar o desviar la causa.

Las peticiones que sean admitidas podrán ser resueltas antes de la sentencia o en ésta, según la naturaleza y efectos de la cuestión planteada.

Artículo 37.- Designación de sustanciador

Todos los asuntos judiciales que lleguen al Tribunal para su conocimiento deberán ser asignados por el Presidente a uno de los Magistrados para su respectiva sustanciación, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el Reglamento Interno.

Artículo 38.- Costo de las actuaciones

Las actuaciones ante el Tribunal se harán en papel común y las que sean de carácter judicial no causarán derecho alguno, excepto los gastos en que el Tribunal deba incurrir por la expedición de copias, la práctica de inspecciones judiciales o por la actuación de peritos, según arancel, tarifa o costo que aprobará el Tribunal.

CAPITULO I DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y APODERADOS

Artículo 39.- Capacidad para ser parte y comparecer al proceso

Las partes actuarán ante el Tribunal por sí mismas o mediante un representante o mandatario al que se hubiere otorgado poder de acuerdo con la legislación del País Miembro. Si se trata de un órgano de la Comunidad Andina, el otorgamiento de poder se hará mediante documento suscrito por su Presidente o por su Secretario General, según fuere el caso. En el caso de los Países Miembros se entenderá que la representación recaerá sobre la Autoridad Nacional Competente que el país haya designado.

Si el representante o mandatario no fuere abogado, deberá necesariamente estar asistido por un profesional del derecho autorizado para el ejercicio de la abogacía en un País Miembro.

Artículo 40.- Apoderados de las partes

En los procesos podrán actuar, en representación de una parte, los abogados que hubieren recibido poder o hubieren sido acreditados conforme al artículo 41. El Tribunal reconocerá la designación de los abogados hecha por las partes.

Las partes podrán determinar el abogado que ejercerá la representación principal en el proceso, si así lo consideran conveniente.

Las modificaciones o sustituciones que puedan requerirse en esta representación judicial deberán ser comunicadas al Tribunal por escrito de manera previa al acto procesal al que se concurra.

Artículo 41.- Poderes

Las partes podrán designar a los abogados que las representen mediante poder especial, para determinado juicio o mediante poder general, para todos los juicios que se ventilen ante el Tribunal.

Los Países Miembros, a través de su Autoridad Nacional Competente, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General y los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, según corresponda, podrán designar a sus abogados mediante oficio dirigido al Presidente del Tribunal.

Las demás personas lo harán mediante poder conferido personalmente ante el Presidente del Tribunal o ante notario o juez competente, de acuerdo con las formalidades vigentes en el respectivo País Miembro.

Artículo 42.- Identificación de los representantes, abogados y asesores

Las personas naturales que concurran a cumplir alguna actuación judicial se identificarán con su documento de identidad o su pasaporte y los abogados lo harán

exhibiendo su tarjeta profesional o la matrícula en el Colegio de Abogados, según corresponda.

Artículo 43.- Derechos de las partes y sus representantes

Los representantes legales y apoderados de las partes gozarán de todas las garantías y facilidades necesarias para el libre desenvolvimiento de sus actividades dentro del Tribunal.

Artículo 44.- Facultades disciplinarias del Tribunal

El Tribunal tendrá el poder disciplinario que fuere necesario para garantizar o asegurar el normal desarrollo del proceso.

En ejercicio de este poder y según la gravedad, el Tribunal podrá aplicar a quienes comparecen o intervienen en el proceso, las siguientes sanciones disciplinarias, cuando incurran en faltas al respeto debido al Tribunal, a las partes o a las demás personas, o entorpezcan el normal desarrollo del proceso:

- a) Amonestación verbal;
- b) Privación del derecho al uso de la palabra en audiencia;
- c) Rechazo de los escritos irrespetuosos para con el Tribunal, los funcionarios, las partes o terceros;
- d) Amonestación escrita con comunicación al mandante, según el caso; y,
- e) Amonestación escrita con comunicación al Colegio de Abogados o a la entidad encargada de la vigilancia del ejercicio de la abogacía, del respectivo País Miembro.

CAPITULO II DE LA DEMANDA

Artículo 45.- Presentación de la demanda

Todo proceso relacionado con las acciones de nulidad y de incumplimiento, con el recurso por omisión o inactividad y con las reclamaciones de carácter laboral se iniciará mediante demanda suscrita por la parte y su abogado, dirigida al Presidente del Tribunal y presentada ante el Secretario en original y tres copias.

También podrá enviarse la demanda vía facsímil, por correo o por medios electrónicos con el debido soporte de confirmación de recibo por parte del Tribunal. En este caso, el demandante tendrá un plazo de tres días para remitir por correo el original de la demanda y sus anexos. De lo contrario, la demanda se tendrá por no presentada. En el caso de que la demanda no se presente personalmente ante el Tribunal, y cuando el demandante sea una persona natural o jurídica, las firmas de la parte o de su representante legal y la del abogado, deberán estar debidamente reconocidas ante notario o juez competente del respectivo País Miembro.

Artículo 46.- Contenido de la demanda

La demanda deberá contener:

- a) Los nombres y domicilios del actor y de la parte demandada, así como su naturaleza jurídica. En el caso de los Países Miembros, la indicación de la Autoridad Nacional Competente;
- b) La identificación del abogado del demandante;
- c) El objeto de la demanda;

- d) Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a la acción o al recurso;
- e) Los fundamentos de derecho de las pretensiones de la acción o del recurso;
- f) El ofrecimiento de pruebas y la petición concreta de que se decreten y se practiquen las mismas, si fuere el caso; y,
- g) Opcionalmente, el domicilio del actor en la sede del Tribunal y el nombre de la persona autorizada para recibir notificaciones en ella.

Artículo 47.- Anexos de la demanda

Son anexos de la demanda:

- a) Cuando el demandante sea un País Miembro o un órgano o institución del Sistema Andino de Integración deberá acompañar copia simple del nombramiento de su representante legal;
- b) Cuando el demandante sea una persona jurídica, la prueba que acredite su existencia y la identidad de su representante legal;
- c) El poder conferido a quien actúe como su mandatario judicial; y,
- d) Los documentos y pruebas que se encuentren en su poder.

Artículo 48.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de nulidad

La demanda de nulidad deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

- a) Si el actor es un País Miembro, la demostración de que la Decisión impugnada no fue aprobada con su voto afirmativo;
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos;
- c) La copia de la Decisión, de la Resolución o del Convenio que se impugna;
- d) La indicación de las normas que se estimen violadas y las razones de la transgresión; y,
- e) Cuando la acción se interponga contra una Resolución de efectos particulares, la designación y lugar en el que se debe notificar a los destinatarios o beneficiarios del acto impugnado.

Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento

La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

- a) La copia del dictamen motivado emitido por la Secretaría General. De ser el caso, la demostración de que han transcurrido más de setenta y cinco días desde la fecha de presentación del reclamo, y la manifestación de que la Secretaría General no ha emitido su dictamen;
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos; y,
- c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional.

Artículo 50.- Requisitos adicionales de la demanda en el recurso por omisión o por inactividad

La demanda para promover el recurso por omisión o inactividad deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

- a) Copia de la respuesta emitida por el órgano de la Comunidad Andina requerido para dar cumplimiento a la actividad a que estuviere obligado o, en su defecto, la demostración de que han transcurrido más de treinta días desde la fecha de presentación del requerimiento y la manifestación de que la respuesta al mismo no se ha producido; y,
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar las pruebas que demuestren que resulta afectado en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos por la omisión cuyo cumplimiento se demanda.

Artículo 51.- Requisitos adicionales de la demanda en las acciones de carácter laboral

Las demandas promovidas para reclamar derechos laborales frente a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración deberán anexar, además de lo determinado en el artículo 46:

- a) El contrato de trabajo o el ofrecimiento de otra prueba de la existencia de la relación laboral; y,
- b) Copia de la respuesta dada por el organismo empleador al reclamo del funcionario o empleado exigiendo la satisfacción de sus derechos laborales o, en su defecto, la demostración de que han transcurrido más de treinta días desde la fecha de presentación de la solicitud y la manifestación de que no se ha obtenido respuesta.

Artículo 52.- Regularización e inadmisión

Si la demanda no reune alguno de los requisitos generales o específicos antes señalados, el Tribunal fijará el término de quince días a fin de que el demandante regularice la demanda o presente los documentos pertinentes. Vencido este término sin que el demandante lo hubiere hecho, el Tribunal la rechazará.

Artículo 53.- Rechazo in limine de la demanda

El Tribunal rechazará de plano la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, o cuando de ella o de sus anexos aparezca que está vencido el término de caducidad de la acción.

Artículo 54.- Admisión y notificación de la demanda

El Tribunal admitirá la demanda que reúna los requisitos legales a través de un auto de admisión y ordenará su notificación al demandado según lo dispuesto en el artículo 98.

Artículo 55.- Reforma o complementación de la demanda

La demanda podrá ser reformada o complementada por una sola vez y hasta antes de la contestación o del vencimiento del plazo para contestar, lo que suceda primero. El Tribunal le dará el trámite que corresponda, según lo dispuesto para la demanda en el

presente Capítulo.

Una vez proferido el auto de admisión de la reforma o de la complementación, y notificado a la parte demandada, comenzará a correr nuevamente el término para la contestación de la demanda.

CAPITULO III DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Artículo 56.- Contestación de la demanda

La parte demandada dispone del término de cuarenta días contados a partir de la fecha de notificación de la demanda para contestarla.

La contestación de la demanda se hará mediante escrito dirigido al Tribunal, firmado por la demandada y su abogado, y deberá contener:

- a) El nombre y domicilio de la parte demandada y los de su representante legal y de su abogado;
- b) Una exposición detallada sobre los hechos de la demanda y las razones de la defensa;
- c) La proposición de las excepciones que se invoquen contra las pretensiones del demandante;
- d) El ofrecimiento de pruebas y la petición concreta de que se decreten y practiquen las mismas, si fuera el caso; y,
- e) La indicación del lugar donde podrán hacerse las notificaciones al demandado y a su apoderado judicial. En el auto en el cual el Tribunal da por contestada o por contradicha la demanda, dispondrá que se remita copia de la contestación de la demanda y de sus anexos al demandante, si esta última se hubiera producido.

Artículo 57.- Anexos de la contestación de la demanda

La demandada deberá acompañar a su contestación los siguientes documentos:

- a) Cuando el demandado sea un País Miembro o un órgano o institución del Sistema Andino de Integración, deberá acompañar copia simple del nombramiento de su representante legal;
- b) Cuando se trate de una persona jurídica, la prueba que acredite su existencia y la identidad de su representante legal;
- c) El poder conferido a quien actúe como su mandatario legal; y
- d) Los documentos y pruebas que se encuentren en su poder.

Artículo 58.- Allanamiento a la demanda

En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia el demandado podrá, si la naturaleza de la acción lo permitiere, allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, caso en el cual se proveerá de acuerdo con lo solicitado en ella.

Artículo 59.- Reconvención

En la contestación de la demanda, cuando la naturaleza de la acción lo permitiere, podrá la parte demandada reconvenir al demandante, expresando con toda claridad y precisión el objeto y los fundamentos que le asisten.

Admitida la reconvención se notificará al demandante y se procederá en los términos establecidos en los artículos 98 y 56 del Estatuto.

Contestada la reconvención continuará en un solo procedimiento el trámite de ésta y de la demanda hasta la sentencia, la cual resolverá ambas cuestiones.

Artículo 60.- Falta de contestación de la demanda

Si no se presentare contestación de la demanda dentro del término legal, se presumirá que el demandado ha contradicho la demanda tanto en los hechos como en el derecho, de lo cual se dejará constancia en el expediente.

Artículo 61.- Excepciones previas

El Tribunal resolverá, con carácter previo, las siguientes excepciones:

1. Falta de jurisdicción.
2. Falta de competencia del Tribunal.
3. Incapacidad o indebida representación de las partes.
4. Inexistencia del demandante o demandado.
5. Falta de requisitos formales de la demanda.
6. Indebida acumulación de pretensiones.
7. Proceso pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
8. Cosa juzgada.
9. Caducidad de la acción.
10. Falta de agotamiento de la vía comunitaria previa.
11. Indebida naturaleza de la acción.
12. Falta de objeto de la demanda.

Las excepciones previas se formularán conjuntamente con el escrito de contestación de la demanda, con expresión de las razones que las justifiquen. Una vez admitida a trámite, el Tribunal dará traslado a la otra parte por el término de diez días, concluido el cual dictará el auto que corresponda.

CAPITULO IV DE LOS INCIDENTES PROCESALES

Artículo 62.- Incidentes procesales

Las cuestiones accesorias que surgieren en relación con el objeto principal del proceso se tramitarán por vía incidental.

Los incidentes no suspenderán la tramitación del proceso principal a menos que hubiere disposición expresa del Estatuto, o cuando excepcionalmente así lo resolviera el Tribunal si fuera indispensable por la naturaleza de la cuestión planteada.

Si el incidente promovido fuera de improcedencia manifiesta, el Tribunal lo rechazará de plano.

SECCION PRIMERA DE LA ACUMULACION

Artículo 63.- Acumulación

El Tribunal, de oficio y previa consulta a las partes, o a solicitud de parte, podrá acumular dos o más procesos, cuando considere que por su naturaleza sean compatibles, exista relación entre ellos y deban ser resueltos en una misma sentencia. La

acumulación se podrá tramitar hasta el vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión.

SECCION SEGUNDA DE LAS NULIDADES PROCESALES

Artículo 64.- Causales de nulidad

El Tribunal declarará de oficio o a solicitud de parte la nulidad del proceso, total o parcialmente, en los siguientes casos:

- a) Cuando corresponda a distinta jurisdicción;
- b) Cuando el Tribunal carezca de competencia;
- c) Cuando no se hayan cumplido los trámites previos necesarios para acudir ante el Tribunal;
- d) Cuando sea indebida la representación de las partes;
- e) Cuando se omita resolver sobre las pruebas oportunamente solicitadas por el demandante o el demandado o se dejen de practicar las que hubieren sido decretadas; y,
- f) Cuando se omite o no se practica en forma legal la notificación al demandado del auto de admisión de la demanda o de cualquier otra providencia que deba notificarse. El defecto se corregirá practicando la notificación en debida forma y reponiendo la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponer la nulidad.

Artículo 65.- Saneamiento de la nulidad

La nulidad originada en las causales a), b) y c) del artículo anterior es insubsanable. En los demás casos, podrá sanearse reponiendo la actuación afectada desde el momento en que se produjo el vicio que la determinó.

Las irregularidades del proceso que no se contemplan en el artículo precedente, se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente antes del siguiente momento procesal.

Artículo 66.- Declaración de la nulidad

En cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia, el Tribunal deberá declarar de oficio o a petición de parte las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada. Si dentro de los diez días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el Tribunal la declarará.

SECCION TERCERA DE LOS IMPEDIMENTOS Y DE LA RECUSACION

Artículo 67.- Causales de impedimento y de recusación

Constituyen motivo de impedimento o de recusación de los Magistrados para conocer de los asuntos sometidos a su consideración:

- a) El parentesco del Magistrado o de su cónyuge dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las partes, sus representantes o mandatarios;

- b) El interés directo o indirecto del Magistrado o de su cónyuge en el asunto sometido al Tribunal o en otro que verse sobre objeto similar;
- c) Haber emitido opinión fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso o haber intervenido dentro de éste, como parte, apoderado o asesor; y,
- d) La amistad íntima o enemistad manifiesta del Magistrado o de su cónyuge con las partes, sus representantes o mandatarios.

Artículo 68.- Declaración de impedimento

En cualquier estado del proceso el Magistrado que considere que se encuentra incurso en alguna de las causales previstas en el artículo anterior, estará obligado a declararlo al Tribunal.

El Presidente, recibida la declaración, suspenderá la causa hasta que el Tribunal se pronuncie sobre la inhibición.

Artículo 69.- Oportunidad, procedencia y trámite de la recusación

La recusación se propondrá al Tribunal, en cualquier estado del proceso, mediante escrito en el que se expresarán los motivos de hecho en que se fundamenta y las pruebas que se pretenda aducir.

Planteada la recusación, el Presidente suspenderá la causa hasta que el Tribunal decida el incidente y, si hubiere lugar, ordenará las pruebas que deberán practicarse en el término de ocho días.

Concluido el término, el Tribunal se pronunciará definitivamente.

Artículo 70.- Reemplazo del Magistrado impedido o recusado

Habrá lugar a la convocatoria del suplente del Magistrado cuyo impedimento o recusación ha sido aceptado, sólo cuando el asunto de que se trate exija, de acuerdo con lo dispuesto en este Estatuto, que la decisión deba adoptarse con la participación y voto de todos los miembros del Tribunal.

Artículo 71.- Efectos del impedimento o la recusación aceptados

Ni el impedimento ni la recusación aceptados por el Tribunal tienen efecto sobre lo anteriormente actuado en el proceso.

SECCION CUARTA DE LA PARTICIPACION DE TERCEROS

Artículo 72.- Participación de terceros en el proceso

Puede intervenir en el proceso como coadyuvante de una de las partes, quien sin ser sujeto de la sentencia, tenga un interés jurídico sustancial en el proceso y pueda ser afectado desfavorablemente si dicha parte es vencida.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

La solicitud de coadyuvancia deberá cumplir con los requisitos de la demanda o de su contestación, en lo que fuere aplicable. El Tribunal declarará la procedencia o improcedencia de la solicitud.

El tercero admitido tomará el proceso en el estado en que se encuentre.

CAPITULO V DE LAS PRUEBAS

Artículo 73.- Finalidad

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Artículo 74.- Oportunidades probatorias

Para que sean apreciadas por el Tribunal, las pruebas deben ofrecerse, decretarse, practicarse e incorporarse al proceso en la forma, oportunidades y términos señalados en este Estatuto.

Artículo 75.- Decreto y práctica de pruebas

Dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término previsto para la contestación de la demanda se abrirá el período probatorio, se decretarán las pruebas que se consideren procedentes y conducentes y, de ser necesario, se fijará el término para practicarlas, que no excederá de treinta días contados a partir de la ejecutoria del auto que las decrete, sin perjuicio de que, por causas justificadas, el Tribunal pueda extenderlo hasta por un lapso igual.

Si el Tribunal estima que no hay lugar a la práctica de pruebas, así lo declarará mediante auto. En este evento, si lo considerare procedente, en el mismo auto fijara día y hora para la audiencia y dispondrá para el efecto la convocatoria de las partes.

Artículo 76.- Medios de prueba

Son admisibles como medios de prueba en los procesos ante el Tribunal:

- a) La declaración de las partes;
- b) Los documentos;
- c) El testimonio;
- d) El dictamen pericial o informe de expertos;
- e) La inspección judicial; y,
- f) Cualesquiera otros medios idóneos para la formación de la convicción del Tribunal.

Artículo 77.- Pruebas de oficio

En cualquier estado de la causa y antes de dictar la sentencia el Tribunal, de oficio, podrá ordenar las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

Tales pruebas deberán practicarse en el término extraordinario que se conceda, que no podrá exceder de treinta días. Contra el auto que las decrete no procederá recurso alguno.

Artículo 78.- Apreciación de las pruebas

El Tribunal apreciará las pruebas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Artículo 79.- Falta de prueba del hecho

Si no se prueba el hecho que sustenta la pretensión, ésta será declarada infundada.

Artículo 80.- Colaboración para la práctica de pruebas

El Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 del Tratado, podrá solicitar directamente a los jueces nacionales de los Países Miembros la colaboración para la práctica de pruebas y el cumplimiento de otras diligencias judiciales.

Artículo 81.- Costos y gastos

El Tribunal determinará las modalidades con arreglo a las cuales cada parte sufragará los gastos originados por el ofrecimiento y la práctica de pruebas.

CAPITULO VI DE LA AUDIENCIA

Artículo 82.- Clases de audiencias

Las audiencias serán públicas, a menos que por motivos especiales el Tribunal, de oficio o a petición de parte, resuelva realizarlas en privado.

Artículo 83.- Oportunidad

En los procesos que se originen en acciones de nulidad o de incumplimiento o en recursos por omisión o inactividad, a la expiración del término de prueba si lo hubiere, o al darse por contestada la demanda, el Tribunal definirá, si es del caso, la celebración de la audiencia y dispondrá la convocatoria a las partes, o en su defecto, la emisión del auto para que éstas presenten sus alegatos de conclusiones.

Artículo 84.- Desarrollo y trámite de la audiencia

Previo al inicio de la audiencia, el Presidente se reunirá con las partes a fin de consultar el tiempo estimado para sus respectivas intervenciones. El Presidente decidirá en el acto la cuestión, teniendo en cuenta lo sugerido por las partes y el Magistrado sustanciador.

El Presidente abrirá y dirigirá los debates.

La audiencia se iniciará con el relato del proceso por parte del Secretario, quien resumirá objetivamente el desarrollo del mismo.

La audiencia se celebrará con las partes que concurran, cada una de las cuales podrá hacer uso de la palabra, por dos veces en forma alternada.

Las partes que hayan concurrido a la audiencia podrán, dentro de los ocho días siguientes a ella, presentar su escrito de conclusiones.

Las partes sólo podrán intervenir en la audiencia por medio de su abogado. Sin embargo, previa autorización del Tribunal, podrán hacerlo por sí mismas, o por conducto de asesores o expertos, sólo cuando se trate de aclarar hechos o asuntos de carácter técnico y exclusivamente para esos efectos.

En el curso de la audiencia, el Presidente y los Magistrados podrán interrogar a las partes, sus representantes o apoderados, así como a los asesores o expertos previamente acreditados.

La inasistencia de una de las partes no anula lo actuado en la audiencia. En caso de inasistencia de ambas partes la audiencia se tendrá por realizada.

Artículo 85.- Acta de la audiencia

El Secretario levantará un acta de cada audiencia, la que será firmada por el Presidente y el Secretario y agregada al expediente.

En caso de que la audiencia sea privada, el acta respectiva se mantendrá en cuaderno separado sometida a reserva.

CAPITULO VII ALEGATOS DE CONCLUSION DE LAS PARTES

Artículo 86.- Oportunidad para alegar

En los procesos en que no se haya convocado audiencia, vencido el término probatorio, o en firme o ejecutoriado el auto que decide no abrir a prueba el proceso, según el caso, se ordenará poner el expediente a disposición de las partes en la Secretaría del Tribunal, por un término común de quince días, para que formulen por escrito sus alegatos de conclusión.

Vencido el término para alegar, el Tribunal procederá a dictar la sentencia correspondiente dentro de los sesenta días siguientes.

CAPITULO VIII PROVIDENCIAS DEL TRIBUNAL

Artículo 87.- Providencias judiciales que dicta el Tribunal

El Tribunal, en el desarrollo de las causas, dictará autos de sustanciación o trámite para el impulso del proceso; autos interlocutorios para resolver cuestiones previas o incidentales o que sin decidir lo principal ponen fin al juicio; y sentencias para decidir el fondo de la controversia.

Artículo 88.- Ejecutoria, firmeza e impugnación de los autos

Los autos de trámite o de sustanciación quedan ejecutoriados y en firme al día siguiente de su notificación y no son susceptibles de recurso alguno.

Los autos interlocutorios quedan ejecutoriados el quinto día después de su notificación y salvo disposición en contrario pueden impugnarse mediante el recurso de reconsideración el cual deberá interponerse dentro del término señalado. La interposición del recurso de reconsideración suspenderá la ejecución del auto.

Artículo 89.- Corrección de errores formales de las providencias

Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético o mecanográfico, es corregible por el Tribunal en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto que se notificará en la forma indicada en el artículo 98 y no afectará la ejecutoria de la misma.

CAPITULO IX DEL EFECTO Y EJECUCION DE LAS SENTENCIAS

Artículo 90.- Formalidades y contenido de la sentencia

La sentencia deberá contener:

- a) La expresión de que ha sido dictada por el Tribunal;
- b) La fecha y lugar en que ha sido dictada;
- c) La identificación de las partes;
- d) La exposición sumaria de los hechos;
- e) El resumen de las alegaciones de las partes;
- f) Los considerandos o motivos que la fundamentan; y,
- g) El fallo.

La sentencia incluirá el pronunciamiento del Tribunal en materia de costas, siempre que haya sido expresamente solicitado en la demanda o en su contestación.

Las sentencias del Tribunal deberán ser suscritas por el Presidente, por los demás Magistrados que participaron en su adopción y por el Secretario, y en ellas no podrán expresarse votos salvados ni opiniones disidentes.

Artículo 91.- Fuerza obligatoria y cosa juzgada

La sentencia tendrá fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada a partir del día siguiente al de su notificación y es aplicable en el territorio de los Países Miembros sin necesidad de homologación o exequátur.

Artículo 92.- Enmienda y ampliación de las sentencias

El Tribunal, de oficio o a petición de parte presentada dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia, podrá enmendarla o ampliarla.

La enmienda tendrá lugar si la sentencia contuviere errores manifiestos de escritura, de cálculo o inexactitudes evidentes o si se hubiere pronunciado sobre un asunto no planteado en la demanda, y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos.

La solicitud de enmienda o de ampliación se pondrá en conocimiento de la otra parte, por cinco días, para que absuelva el trámite, si lo cree conveniente.

El Tribunal dentro de los quince días siguientes al de la expiración del término a que se refiere el primer inciso, cuando la enmienda o ampliación fuese de oficio o agotado el término concedido a las partes, adoptará resolución sobre la enmienda o ampliación, la notificará a las mismas y la anexará a la sentencia.

El trámite de la enmienda o ampliación no suspende la ejecución de la sentencia.

Artículo 93.- Aclaración de las sentencias

Dentro del término de quince días siguientes al de su notificación, las partes podrán solicitar la aclaración de los puntos de la sentencia que a su juicio resultaren ambiguos o dudosos.

Son aplicables a la aclaración los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 92.

Artículo 94.- Publicación

Una vez notificada la sentencia, el Secretario del Tribunal la comunicará a la Secretaría General para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Artículo 95.- Recurso extraordinario de revisión

Únicamente las sentencias pronunciadas en acciones de incumplimiento son susceptibles de revisión con arreglo a las previsiones del artículo 29 del Tratado.

La demanda de revisión podrá intentarse por quienes hayan sido parte en el proceso, siempre que esté fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del mismo y hubiere sido desconocido en la fecha de la expedición de la sentencia por quien solicita la revisión.

Deberá presentarse dentro de los noventa días siguientes a aquel en que el demandante conoció del hecho en que la fundamenta y, en todo caso, dentro del año siguiente a la fecha de la sentencia de incumplimiento.

Su interposición no interrumpirá la ejecución de la sentencia.

Artículo 96.- Contenido de la demanda de revisión

La demanda de revisión deberá contener, además de lo previsto en el artículo 46, en cuanto le fuere aplicable, lo siguiente:

- a) El señalamiento de la sentencia que se impugna;
- b) La indicación de los puntos en que se impugna la sentencia;
- c) La relación de los hechos en que se funda la demanda; y,
- d) La indicación de los medios de prueba tendientes a demostrar la existencia de tales hechos y el momento en que fueron descubiertos o conocidos.

Artículo 97.- Trámite de la demanda de revisión

Admitida la demanda de revisión, el procedimiento continuará de conformidad con el presente Estatuto hasta sentencia definitiva.

CAPITULO X DE LAS NOTIFICACIONES

Artículo 98.- Formas de notificación de las providencias

Las providencias que dicte el Tribunal se notificarán personalmente, por correo, por vía facsimilar, por correo electrónico, en estrados o por cualquier otro medio eficaz que dé certeza de la oportunidad en que se efectuó la notificación.

La notificación del auto admisorio de la demanda, y en su caso de la contrademanda si la hubiera, se hará remitiendo por vía facsimilar copia del texto correspondiente y de la providencia objeto de la notificación. Simultáneamente será enviada por correo rápido una copia de la providencia y sus anexos. La notificación se entenderá efectuada en la primera fecha de recepción de la providencia por cualquiera de los medios señalados. Se presume que la notificación ha sido recibida en correcta y debida forma en la fecha indicada en la constancia de recepción emitida por el medio de notificación utilizado, salvo prueba en contrario. En el caso de la República del Ecuador, la notificación se hará de manera personal a la Autoridad Nacional Competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

La notificación de las sentencias que dicte el Tribunal se realizará fijando en el Despacho de la Secretaría un Edicto que contenga su parte resolutive, por el término de diez días, al cabo de los cuales se entenderá efectuada tal diligencia y se dejará constancia en el expediente. Simultáneamente a la fijación del Edicto se remitirá por correo rápido un ejemplar de la providencia a cada una de las partes principales o se remitirá por facsímil.

Artículo 99.- Notificación personal

Las notificaciones que puedan efectuarse personalmente se harán en Quito, sede del Tribunal, en la persona y en el lugar designados con ese fin por las partes.

De estas diligencias se dejará constancia suscrita por el Secretario y el notificado. Si éste se negare a firmar, el Secretario dejará constancia del hecho y se tendrá por cumplida la notificación.

Artículo 100.- Notificación por correo

Las notificaciones a los jueces o tribunales nacionales que deban efectuarse en razón de la consulta prejudicial se harán por correo.

TITULO TERCERO DE LAS ACCIONES EN PARTICULAR

CAPITULO I

DE LA ACCION DE NULIDAD

Artículo 101.- Objeto y finalidad

La acción de nulidad podrá incoarse ante el Tribunal con el fin de que éste declare la nulidad de las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del artículo 1 del Tratado, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder.

Artículo 102.- Titulares de la acción y condiciones especiales para su ejercicio

Pueden incoar la acción de nulidad los Países Miembros, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas, de conformidad con las disposiciones que seguidamente se establecen.

Los Países Miembros sólo podrán intentar la acción de nulidad con respecto a las Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo.

Los particulares sólo podrán intentar esta acción previa demostración de que la Decisión, Resolución o Convenio objeto de la demanda afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Artículo 103.- Caducidad

La acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión, Resolución o Convenio objeto de la demanda.

Artículo 104.- Excepción de inaplicación

Presentada la solicitud de inaplicabilidad, en los términos previstos en el artículo 20, segundo párrafo del Tratado, el juez nacional consultará acerca de la legalidad de la Decisión, Resolución o Convenio al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y suspenderá el proceso hasta recibir la providencia del mismo, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquél. El Tribunal notificará la solicitud de inaplicabilidad a los Países Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión y a la Secretaría General, los cuales en un plazo de treinta días tendrán derecho a presentar al Tribunal alegaciones u observaciones escritas.

En todo caso de incompatibilidad entre las normas superiores del ordenamiento jurídico andino y otras de inferior categoría del mismo ordenamiento, el Tribunal aplicará las primeras.

Artículo 105.- Suspensión provisional y medidas cautelares

La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados.

Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad u otras medidas cautelares, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Si la demanda de nulidad se dirige contra una disposición comunitaria de contenido general, basta que haya manifiesta violación de otra de superior categoría del mismo ordenamiento, que se pueda percibir mediante una elemental comparación entre ésta y aquélla;

2. Si la acción ejercitada tuviere como objeto la nulidad de una norma de contenido particular, deberán aparecer comprobados, además, los perjuicios irreparables o de difícil reparación que causa o pudiere causar al demandante, la ejecución de la norma demandada; y,
3. Si la medida se solicita y se sustenta de modo expreso en la demanda.

Si lo considera necesario, el Tribunal podrá exigirle al solicitante para que el decreto de suspensión se haga efectivo, constituir caución o fianza que asegure la reparación de los eventuales perjuicios que se generen por la suspensión cuando la sentencia que defina el proceso no sea de anulación. El afianzamiento podrá consistir en caución, garantía de compañía de seguros o aval bancario. Podrá asimismo disponer otras medidas cautelares.

Artículo 106.- Efectos de la sentencia de nulidad en el tiempo y obligaciones del organismo que expidió la norma anulada

Cuando el Tribunal declare la nulidad total o parcial de la Decisión, Resolución o Convenio impugnados, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo.

El órgano de la Comunidad Andina cuyo acto haya sido anulado deberá adoptar las disposiciones que se requieran para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, dentro del plazo fijado por el propio Tribunal.

Ningún acto anulado o suspendido por el Tribunal podrá ser reproducido por quien lo dictó si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación declarada.

CAPITULO II
DE LA ACCION DE INCUMPLIMIENTO
SECCION PRIMERA
DE LA ACCION Y SU PROCEDIMIENTO

Artículo 107.- Objeto y finalidad

La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.

Artículo 108.- Titulares de la acción

Son titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.

Artículo 109.- Suspensión provisional de la medida infractora

El Tribunal, antes de dictar sentencia definitiva, a petición de la parte demandante y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación.

Artículo 110.- Mérito ejecutivo de la sentencia

La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en acción promovida por un particular, constituirá título legal y suficiente para que éste pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

Artículo 111.- Efectos de la sentencia de incumplimiento

El País Miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación.

El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado y lo que se regula al respecto en este Estatuto, velará por el cumplimiento de las sentencias dictadas en ejercicio de esta competencia.

SECCION SEGUNDA
DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO POR DESACATO A LAS SENTENCIAS
EN ACCIONES DE INCUMPLIMIENTO

Artículo 112.- Objeto

Cuando se trate de determinar el incumplimiento en que pudiera haber incurrido un País Miembro, en la ejecución de una sentencia dictada en su contra en desarrollo de una acción de incumplimiento, se aplicarán las disposiciones del presente capítulo.

Artículo 113.- Apertura del procedimiento sumario

El procedimiento para determinar el incumplimiento de la sentencia se iniciará por el Tribunal de oficio, con fundamento en su propia información, o por denuncia de los Países Miembros, de los órganos comunitarios o de cualquier particular.

Para iniciar el procedimiento sumario, el Tribunal dictará un auto que se notificará al País Miembro sentenciado y se comunicará a los demás Países Miembros, a la Secretaría General y al demandante en la acción de incumplimiento.

Artículo 114.- Formulación de pliego de cargos

Cuando de la apertura del procedimiento sumario se adviertan serios motivos de credibilidad acerca del incumplimiento de la sentencia, el Tribunal mediante auto, ordenará formular pliego de cargos al País Miembro sentenciado, en el que deberá consignarse la información que se tenga respecto del supuesto desacato, indicando las normas comunitarias que con la conducta asumida se estarían infringiendo y señalando las que contemplan las sanciones en que incurriría, de resultar probada su conducta. En caso contrario, se ordenará archivar la actuación.

Artículo 115.- Derecho de defensa

El País Miembro destinatario del pliego de cargos dispondrá de cuarenta días contados a partir de la notificación del auto de formulación de cargos para presentar ante el Tribunal los descargos y explicaciones que tenga a bien y aportar las pruebas que pretenda hacer valer.

Dentro del mismo término, los demás Países Miembros, la Comisión y la Secretaría

General podrán formular al Tribunal las opiniones que tengan a bien, respecto de la investigación sumaria en curso.

Artículo 116.- Valoración de los descargos

Vencido el término a que se refiere el artículo anterior, el Tribunal estudiará la documentación obrante en el expediente y determinará el archivo de los autos y la cesación del procedimiento sumario, si encuentra suficientes las explicaciones para demostrar que no se incurrió en incumplimiento de la sentencia. De lo contrario, continuará la actuación.

Artículo 117.- Declaración del incumplimiento de la sentencia

Comprobado el desacato a la sentencia, el Tribunal dictará un auto en el que así lo declare y solicitará a la Secretaría General que emita la opinión a que se refiere el inciso segundo del artículo 27 del Tratado.

La Secretaría General dispondrá de un término único de treinta días para remitir al Tribunal la opinión solicitada.

Artículo 118.- Audiencia y auto de aplicación de sanciones

Recibida la opinión de la Secretaría General o vencido el plazo de que ésta dispone para emitirla, el Tribunal decidirá si convoca o no a una audiencia con el objeto de precisar lo que corresponda con respecto al tipo de medidas que podrían ser adoptadas. Acto seguido, expedirá un auto motivado mediante el cual decidirá lo que haya lugar sobre las sanciones de acuerdo con lo previsto en los artículos 27 del Tratado y 120 del presente Estatuto.

El auto será notificado al País Miembro objeto de la investigación por incumplimiento de la sentencia y comunicado, por conducto de la Secretaría General, a los demás Países Miembros y a la Comisión.

Artículo 119.- Sanciones

Si un País Miembro no acatare las obligaciones impuestas en la sentencia de incumplimiento, el Tribunal podrá sumariamente determinar como sanción, y conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Tratado, los límites dentro de los cuales el país reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que benefician al País Miembro remiso.

Artículo 120.- Levantamiento de las sanciones

Cuando el País Miembro sancionado manifieste que ha dado pleno cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia, el Tribunal requerirá a los Países Miembros y a la Secretaría General para que en un término máximo de cinco días emitan su opinión, al cabo de los cuales el Tribunal resolverá sobre el levantamiento o no de las sanciones.

Si luego del levantamiento de las sanciones se verificara nuevamente el incumplimiento de la sentencia, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, dispondrá la apertura de un nuevo procedimiento sumario por desacato.

CAPÍTULO III DE LA INTERPRETACION PREJUDICIAL

Artículo 121.- Objeto y finalidad

Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio

de los Países Miembros.

Artículo 122.- Consulta facultativa

Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

Artículo 123.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

Artículo 124.- Suspensión del proceso judicial interno

En los casos de consulta obligatoria, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.

Artículo 125.- Condiciones y requisitos para la formulación de la consulta

La solicitud de interpretación que los jueces nacionales dirijan al Tribunal deberá contener:

- a) El nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante;
- b) La relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere;
- c) La identificación de la causa que origine la solicitud;
- d) El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y,
- e) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta.

Artículo 126.- Trámite

Recibida la solicitud de consulta, el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción, y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal.

Dentro del término de treinta días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, éste dictará sentencia.

En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

Artículo 127.- Obligación especial del juez consultante

El juez que conozca del proceso interno en que se formuló la consulta, deberá adoptar

en su sentencia la interpretación del Tribunal.

Artículo 128.- Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial

Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial.

Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.

En cumplimiento de las disposiciones de este Capítulo los jueces nacionales deberán enviar al Tribunal las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.

CAPITULO IV DEL RECURSO POR OMISION O INACTIVIDAD

Artículo 129.- Objeto y finalidad

Con el recurso por omisión o por inactividad se persigue que cuando el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a la que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, puedan ser compelidos a ejecutarla.

Artículo 130.- Titulares del recurso

Se encuentran habilitados para interponer la demanda ante el Tribunal, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que en los artículos siguientes se determinan.

Artículo 131.- Requerimiento previo

Quien pretenda hacer uso de este recurso deberá requerir previamente por escrito al organismo correspondiente el cumplimiento de la actividad omitida.

Si dentro de los treinta días siguientes no se accediere a dicha solicitud, el requirente podrá acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que se pronuncie sobre el caso.

Artículo 132.- Condiciones y requisitos para el ejercicio del recurso por las personas naturales o jurídicas

Las personas naturales o jurídicas sólo podrán intentar este recurso previa comprobación de que la omisión o inactividad del organismo requerido afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Artículo 133.- Trámite

Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de admisión del recurso, y previa solicitud de explicaciones al Presidente o representante del órgano acusado de la conducta omisiva, el Tribunal emitirá la sentencia que corresponda, con base en la documentación técnica existente, los antecedentes del caso y las explicaciones suministradas.

Artículo 134.- Contenido y efectos de la sentencia

La sentencia que ponga fin al proceso deberá señalar la forma, modalidad y plazo en los que el órgano comunitario objeto del recurso deberá cumplir con su obligación.

CAPITULO V DE LAS ACCIONES LABORALES

Artículo 135.- Principios

En su sentencia, el Tribunal aplicará los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los Países Miembros.

Artículo 136.- Objeto y finalidad

Las acciones laborales que se propongan ante el Tribunal tienen por objeto dirimir las controversias que, originadas en una relación de trabajo, se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable.

Artículo 137.- Titulares de la acción

Pueden acudir en demanda ante el Tribunal, para reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales, los funcionarios o empleados a que se refiere el artículo anterior, que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración determinados en el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena.

Es requisito indispensable para el ejercicio de esta acción que el demandante demuestre haber formulado petición directa ante su empleador respecto de los mismos derechos laborales que pretende, sin haber tenido respuesta dentro de los 30 días siguientes, o cuando la obtenida le hubiere sido total o parcialmente desfavorable.

Artículo 138.- Audiencia de conciliación

El Tribunal, luego de contestada la demanda, convocará a las partes a una audiencia en la que las instará a conciliar sus diferencias, si fueren susceptibles de transacción. Si no lo hicieren, propondrá las formulas de acuerdo que estime justas, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Así mismo, en cualquier estado del proceso, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar al Tribunal que convoque a una audiencia de conciliación.

En caso de que se lograre acuerdo, se suscribirá el acta correspondiente, la cual dará por terminado el proceso y tendrá efectos de cosa juzgada. De lo contrario, el proceso continuará hasta su culminación.

Artículo 139.- Prescripción de la acción

Las acción laboral prescribirá a los tres años contados a partir del acto o hecho que origina la reclamación.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 140.- Adecuación del trámite

Los procedimientos que se encuentren en trámite ante el Tribunal a la fecha de entrada en vigencia del presente Estatuto, se adecuarán a lo previsto en él, pero los términos no

vencidos y los recursos ya interpuestos se regirán por la norma aplicable al tiempo en que empezó a correr el término o se interpuso el recurso.

Artículo 141.- Designación de Autoridades Nacionales Competentes

Los Países Miembros comunicarán al Tribunal, por medio de sus organismos nacionales de integración, la designación o ratificación de la Autoridad Nacional Competente que los representará en las acciones y procedimientos previstos por el Tratado y el presente Estatuto, y su domicilio para efecto de notificaciones.

Cualquier modificación que ocurra respecto de esta representación deberá comunicarse formal y oportunamente al Tribunal, y éste a los Países Miembros y a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, y será publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Artículo 142.- Abogado General

El cargo de Abogado General referido en el artículo 6 del Tratado, será provisto por el Tribunal en el momento en que las necesidades funcionales y operativas del órgano lo exijan.

La provisión de dicho cargo se hará en el número de funcionarios que las actividades institucionales exijan y las atribuciones y número de éstos serán determinados conforme al artículo 6 del Tratado.

La referida provisión deberá necesariamente estar considerada en el respectivo presupuesto que la Comisión apruebe para el Tribunal conforme a lo establecido en el artículo 16 del Tratado.

Artículo 143.- Utilización de medios tecnológicos en los procedimientos ante el Tribunal

En tanto sea posible, el Tribunal implementará los medios tecnológicos que haga confiable, rápido, eficaz y económico el trámite de los procesos que sean sometidos a su conocimiento.

Artículo 144.- Modificaciones al Estatuto

Los Países Miembros, el Tribunal y la Secretaría General podrán presentar iniciativas de modificación al presente Estatuto con sujeción a lo dispuesto en el artículo 13 del Tratado.

Artículo 145.- Vigencia

La presente Decisión entrará en vigencia 30 días después de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Artículo 146.- Derogatorias

Quedan derogadas las Decisiones 184 y 394 de la Comisión.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Para efectos del ejercicio de las acciones laborales, los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración que no cuenten con un Reglamento o Estatuto de personal, lo emitirán dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Decisión.

Segunda.- El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a propuesta de la

Comisión y en consulta con el Tribunal, adoptará la Decisión referente a la función arbitral prevista en la Sección V del Capítulo III del Tratado, la que se incorporará al presente Estatuto en lo pertinente.

Tercera.- Dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Estatuto, el Tribunal adecuará su estructura orgánica, su planta de personal y su Reglamento Interno.

Mientras ello ocurre, se aplicarán las disposiciones reglamentarias y orgánicas vigentes en cuanto no se opongan al Tratado y a este Estatuto.

Dada en la ciudad de Valencia, Venezuela, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil uno.

Nonagésimo segundo Período Extraordinario
de Sesiones de la Comisión
14 de diciembre de 1997
Montevideo - Uruguay

DECISION 425

Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES DE LA COMUNIDAD ANDINA, EN REUNION AMPLIADA, CON LOS REPRESENTANTES TITULARES ANTE LA COMISION,

VISTOS: El literal j) del Artículo 16 del Acuerdo de Cartagena y el décimo acápite del Acta de Trujillo, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el artículo 7, literal l), de la Decisión 407 que contiene el Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;

CONSIDERANDO: La propuesta presentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina;

DECIDE:

Aprobar el siguiente:

REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Título I Título preliminar

Capítulo I Disposiciones Generales

Artículo 1.- El presente Reglamento regirá los procedimientos para la expedición de Resoluciones y el ejercicio de los demás actos jurídicos análogos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como los procedimientos para la revisión de dichos actos por parte de la propia Secretaría General. En consecuencia, se aplica a:

- a) Los procedimientos administrativos que se sigan ante la Secretaría General y que se refieran a controversias entre dos o más Países Miembros, entre particulares de éstos, entre particulares y Países Miembros, o entre particulares o Países Miembros y la Secretaría General, por aplicación de normas que formen parte del ordenamiento jurídico comunitario;
- b) Los procedimientos administrativos que la Secretaría General siga de oficio, conforme a sus funciones propias;
- c) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las

investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones aplicados por Países Miembros al comercio intrasubregional de mercancías;

- d) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de incumplimientos de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- e) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de prácticas que puedan distorsionar la competencia en la Subregión, tales como dumping, subsidios o prácticas restrictivas de la libre competencia;
- f) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, con el fin de autorizar, modificar o suspender medidas de salvaguardia aplicadas por Países Miembros; y,
- g) Los demás procedimientos que tengan como resultado la expedición de Resoluciones de la Secretaría General.

Quedan excluidos de la aplicación del presente Reglamento, los procedimientos administrativos que se sigan ante la Secretaría General que conduzcan a la elaboración de Propuestas de Decisión o a la organización interna de la Secretaría General.

Las normas sobre procedimientos administrativos contenidas en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en Decisiones sobre temas especiales, se aplicarán con preferencia a las contenidas en el presente Reglamento.

En el caso de los procedimientos de arbitraje que se desarrollen ante la Secretaría General en la forma prevista en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se aplicarán las normas especiales contenidas en el Reglamento de Procedimientos de Arbitraje que aprobará la Comisión, a propuesta del Secretario General.

Artículo 2.- A los efectos del presente Reglamento, se considerarán interesados los Países Miembros de la Comunidad Andina, los órganos e instituciones de la Comunidad Andina y las personas naturales o jurídicas que acrediten ser titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en el asunto de que se trate.

Artículo 3.- El Secretario General no podrá dejar de resolver todos los asuntos que dentro de su ámbito de competencia sean sometidos a su consideración.

Artículo 4.- La Secretaría General no podrá dejar de resolver, por deficiencia de las normas, un asunto que corresponda a sus competencias y le sea sometido. En este caso, deberá acudir a las fuentes supletorias del Derecho de la integración y del Derecho administrativo, en cuanto estas últimas resulten aplicables.

Igualmente, cuando la Secretaría General se abstuviere de cumplir una actividad a la que estuviere obligada expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina o, en cualquier circunstancia, vencieren los plazos para su pronunciamiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal, de conformidad con lo previsto

en los artículos 42 y 43 del presente Reglamento.

Capítulo II

De los Principios Aplicables al Procedimiento

Artículo 5.- En los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General, ésta se regirá por los principios de legalidad, economía procesal, celeridad, eficacia, igualdad de trato a las partes, transparencia, uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y racionalización de la actividad administrativa.

En virtud del principio de legalidad, la Secretaría General deberá someterse en su actuación a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

En virtud del principio de economía procesal, la Secretaría General tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar la adopción de Resoluciones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, y que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios.

En virtud del principio de celeridad, la Secretaría General tendrá el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirá los trámites innecesarios, utilizará formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a sus funcionarios de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

En virtud del principio de igualdad de trato a las partes, la Secretaría General deberá asegurar y garantizar los derechos de todos los interesados, incluyendo el de poder participar activamente en todo procedimiento que les concierna, sin ningún género de discriminación.

En virtud del principio de transparencia, los actos y documentos oficiales de la Secretaría General, salvo aquellos que tengan carácter confidencial, estarán disponibles al público y los interesados.

En virtud del principio de uso de los procedimientos y formalidades para lograr el cumplimiento de los objetivos de la norma y de racionalización de la actividad administrativa, la Secretaría General deberá asegurarse de que las exigencias normativas en materia de procedimientos administrativos y de formalidades sean interpretadas en forma razonable y usadas sólo como instrumentos para alcanzar los objetivos de la norma.

Los anteriores principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Título II

De las Resoluciones de la Secretaría General

Capítulo I

De los requisitos de las Resoluciones

Artículo 6.- De conformidad con lo previsto en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, la Secretaría General expresará su voluntad a través de Resoluciones. Las Resoluciones de la Secretaría General serán dictadas por el Secretario General y tramitadas de acuerdo al procedimiento aplicable.

Artículo 7.- Las Resoluciones de la Secretaría General serán dictadas por escrito y deberán contener:

- a) La fórmula "La Secretaría General de la Comunidad Andina";
- b) La indicación de las disposiciones legales que le sirven de fundamento, precedidas de la palabra "Vistos";
- c) Los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales se basa, así como cuando corresponda, las razones que hubieren sido alegadas, la identificación del destinatario, precedidos de la palabra "Considerando";
- d) La parte resolutive a continuación de la palabra "Resuelve", expresada en artículos consecutivos;
- e) La fecha de adopción;
- f) La firma del Secretario General; y,
- g) El sello de la Secretaría General.

Artículo 8.- Las Resoluciones de la Secretaría General deberán ajustarse a lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, y en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las competencias que el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal confieren a la Secretaría General y sin menoscabo de la facultad del Secretario General de acudir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme a lo previsto en su Tratado de Creación.

Artículo 9.- Los actos de la Secretaría General que generen efectos particulares no podrán vulnerar lo establecido en las Resoluciones de carácter normativo.

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por Resoluciones de carácter normativo aquellas que no tengan destinatario específico o sean aplicables para la Comunidad Andina en su conjunto.

Artículo 10.- Cuando una norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina disponga la aplicación de alguna medida o providencia por parte de la Secretaría General, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporción con los supuestos de hecho y con los fines de la norma y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

Capítulo II

De los vicios de los actos

Artículo 11.- Corresponderá al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina declarar, conforme al ordenamiento jurídico andino, la nulidad de los actos y Resoluciones de la Secretaría General, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV del presente Reglamento.

Artículo 12.- Las Resoluciones y los actos de la Secretaría General serán nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- a) Cuando contravengan el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;
- b) Cuando su contenido sea de imposible o de ilegal ejecución; y,
- c) Cuando hubiesen sido dictados por personas incompetentes o con prescindencia de normas esenciales del procedimiento.

Artículo 13.- Los vicios de los actos de la Secretaría General que no lleguen a producir la nulidad de pleno derecho conforme al artículo anterior, los harán anulables.

Artículo 14.- Cuando los vicios se refieren sólo a parte del acto, lo que no se afecte, conservará plena validez.

Capítulo III **De la publicación y notificación de los actos**

Artículo 15.- Las Resoluciones de la Secretaría General entrarán en vigencia y producirán sus efectos a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, salvo que la propia Resolución señale una fecha distinta.

Artículo 16.- Además de las Resoluciones de la Secretaría General, se publicarán en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena otros actos de ésta, en los casos que prevé el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, cuando así lo disponga una norma del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, o cuando excepcionalmente así lo resuelva el Secretario General, por tratarse de actos cuyo conocimiento sea de interés comunitario.

Artículo 17.- La Secretaría General notificará a los Países Miembros, a través de sus respectivos organismos nacionales de integración, todas las Resoluciones, dentro de las 24 horas siguientes a su adopción y podrá además enviar copia de ellas a las dependencias correspondientes. La Secretaría General notificará además a los Países Miembros, los demás actos que puedan afectarlos en sus intereses.

La Secretaría General notificará igualmente a los particulares, al domicilio señalado por éstos, cualquier acto de carácter particular que afecte directamente sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Con la notificación se indicarán, si tal fuere el caso, los recursos que procedan y los plazos para ejercerlos.

Artículo 18.- Los actos podrán notificarse mediante cualquier medio adecuado que permita tener constancia de su recepción, tal como correo, telegrama o telefax.

Título III **De los procedimientos administrativos**

Capítulo I **Del expediente**

Artículo 19.- La Secretaría General garantizará que los interesados y sus representantes designados, puedan acceder al expediente en cualquier estado o grado del procedimiento, examinarlo, leerlo y copiar cualquier documento contenido en éste, salvo aquellos que conforme a la normativa legal comunitaria revistan expresamente carácter confidencial. Igualmente expedirá copias certificadas de actuaciones contenidas en el expediente, cuando así lo solicite un interesado o su representante.

Artículo 20.- A solicitud de cualquier interesado, la Secretaría General informará del estado de la tramitación de sus expedientes.

Cuando lo solicite el interesado el Secretario General podrá declarar confidenciales determinados documentos que sean presentados, siempre que éstos no hubieran sido divulgados y su divulgación pudiera ocasionar perjuicio a la parte que los proporcionó o a un tercero.

El interesado que solicite la confidencialidad sobre documentos presentados deberá justificar su petición y acompañar un resumen no confidencial, el cual formará parte del expediente público.

Si la petición de tratamiento confidencial no cumpliera con los requisitos establecidos en el artículo 19 la Secretaría General la denegará de pleno derecho. Contra dicho pronunciamiento no se admitirá recurso. Sin embargo, la parte que proporcione la información a condición de que ésta sea tratada en forma confidencial, podrá retirarla, en cuyo caso la Secretaría General podrá no tenerla en cuenta. La confidencialidad cesará en cualquier momento a solicitud del interesado.

Los documentos confidenciales figurarán en un anexo reservado del expediente y no podrán ser divulgados a terceros, salvo su remisión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

El Secretario General podrá autorizar la divulgación de documentos confidenciales, en el caso de solicitudes presentadas por tribunales nacionales, de conformidad con lo previsto en los convenios de privilegios e inmunidades que la Secretaría General suscriba con los Países Miembros.

Artículo 21.- De todo procedimiento se formará un único expediente donde se acumularán todos los documentos vinculados con el asunto, aun cuando intervengan varias dependencias de la Secretaría General. En cada caso, la dependencia responsable del expediente se determinará de acuerdo a la materia.

Artículo 22.- El expediente empezará con el primer escrito del interesado o, cuando se haya iniciado de oficio, con la orden del Secretario General o del funcionario de la Secretaría General en quien éste haya delegado tal facultad, y en él se irán agregando, por estricto orden cronológico, los documentos, escritos y demás actuaciones, debidamente foliados, formando con todos ellos un solo cuerpo. La foliación se hará con números y letras. Cada expediente llevará una carátula con los datos de identificación inherentes al procedimiento.

Artículo 23.- El contenido de un expediente es inalterable. No podrán introducirse enmiendas, raspaduras, tachaduras, entrelíneas ni añadiduras de ninguna clase en los documentos allí contenidos, una vez que éstos hayan sido incorporados al expediente. De ser necesario, deberá dejarse constancia expresa y detallada de las modificaciones que se hubieran producido. Tampoco se podrá desglosar ni sustituir página alguna, ni alterar la foliación.

Artículo 24.- Los expedientes y documentos administrativos de la Secretaría General deberán guardar uniformidad en su estructura general, para que cada especie o tipo de los mismos reúna iguales características.

Capítulo II

De la intervención de los interesados en los procedimientos administrativos

Artículo 25.- Cuando la Secretaría General no requiera expresamente la participación personal de los interesados, éstos podrán hacerse representar en los procedimientos administrativos y, en tal caso, se entenderá con el representante que designe el interesado.

La representación podrá ser otorgada por simple designación en comunicación escrita dirigida por el interesado a la Secretaría General.

La designación de representante no impedirá la intervención de quien se hubiera hecho representar.

Artículo 26.- Los particulares interesados que residan fuera de la ciudad sede de la Secretaría General, podrán presentar sus escritos y peticiones por intermedio de los organismos nacionales de integración señalados por los Países Miembros.

Igualmente podrán remitir sus escritos y peticiones directamente, por medio de correo o telefax.

Artículo 27.- En los procedimientos que se tramiten ante la Secretaría General, las autoridades de los Países Miembros y los particulares interesados deberán proporcionar las informaciones requeridas, en los plazos fijados por ésta conforme a la normativa aplicable.

La Secretaría General podrá disponer la actuación de las pruebas, inspecciones o visitas que considere convenientes. Las entidades públicas y privadas de los Países Miembros deberán prestar su colaboración para que tales diligencias se lleven a efecto en el plazo dispuesto por la Secretaría General conforme a la normativa aplicable.

Cuando los interesados nieguen la información necesaria, no la faciliten en el plazo que al efecto fije la Secretaría General, conforme a la normativa aplicable, o de otra forma obstaculicen la tramitación del caso, la Secretaría General podrá formular determinaciones positivas o negativas conforme a la causa o asunto de que se trate y a la mejor información disponible y a sus propios elementos de juicio.

Capítulo III

De los plazos

Artículo 28.- Los plazos establecidos en las normas sobre procedimientos administrativos se entienden como máximos, salvo que las mismas indiquen expresamente algo distinto, y obligan igualmente, y sin necesidad de apremio, a los funcionarios de la Secretaría General y a los interesados.

Artículo 29.- Sólo en casos de excepcional complejidad, y salvo disposición expresa en contrario, el Secretario General podrá otorgar prórroga de los plazos establecidos para la presentación de pruebas, cuando así lo soliciten los interesados en forma motivada. En los mismos casos, el Secretario General podrá otorgar a los funcionarios de la Secretaría General, prórroga de los plazos para la rendición de informes u opiniones a que estén

obligados. Las prórrogas concedidas no podrán exceder de veinte días hábiles para la presentación de pruebas, o de diez días hábiles para la rendición de informes u opiniones.

Artículo 30.- Los plazos se contarán siempre a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la publicación del acto de que se trate en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena o de la notificación correspondiente. Los plazos que vengan establecidos por días, se entenderán en días calendario, salvo cuando expresamente se los califique como días hábiles. Si el plazo se fija en meses o años, se computará de fecha a fecha. Si en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente a aquél en que comienza el cómputo se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

El Secretario General dará a conocer anualmente, mediante Resolución, el calendario de días hábiles de la Secretaría General.

Artículo 31.- Se entenderá que los interesados han actuado en tiempo hábil, cuando los documentos correspondientes fueren recibidos en la Secretaría General antes del vencimiento del plazo. El Secretario General sólo admitirá documentos fuera de plazo si la demora se debe a caso fortuito o fuerza mayor y siempre que haya constancia de que su remisión a la Secretaría General se efectuó en tiempo hábil y utilizó un medio adecuado para su recepción oportuna.

Capítulo IV De las inhibiciones

Artículo 32.- El Secretario General, a petición de parte, decidirá la recusación de cualquier funcionario, Director General o experto especial cuyas opiniones sobre el fondo de la petición o el reclamo puedan influir en la Resolución, en los siguientes casos:

- a) Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el procedimiento;
- b) Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas que intervengan en el procedimiento; y,
- c) Cuando, antes de su ingreso a la Secretaría General, hubieren intervenido como abogados, testigos o peritos en el caso de que se trate, o si como funcionarios de algún gobierno hubieren manifestado su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar la resolución del asunto.

En todo caso, el propio funcionario solicitará su inhibición cuando se sepa incurso en alguna de las mencionadas causales.

Artículo 33.- La falta de inhibición sólo podrá dar lugar a la anulación de la Resolución de la Secretaría General resultante del procedimiento, cuando se hubieren violado normas que formen parte del ordenamiento jurídico comunitario o cuando la intervención indebida del funcionario hubiera influido determinantemente en el

resultado de la Resolución.

En tal caso, el superior jerárquico ordenará la apertura del procedimiento disciplinario contra el funcionario que no se hubiere inhibido, sin perjuicio de las acciones legales del caso.

Se encuentra impedido de solicitar la nulidad de la Resolución quien, conociendo de una causal de inhibición, no la planteó oportunamente.

Título IV

De la revisión de los actos de la Secretaría General

Capítulo I

De la revisión de oficio

Artículo 34.- La Secretaría General podrá revocar de oficio o a solicitud de parte sus actos cuando no afecten derechos adquiridos por Países Miembros o particulares. Se consideran causales de revocatoria las siguientes:

- a) Las contempladas en el artículo 12 del presente Reglamento; y,
- b) Los vicios a que se refiere el artículo 13 del presente Reglamento.

Artículo 35.- Los errores materiales o de cálculo de los actos de la Secretaría General podrán ser corregidos en cualquier momento.

Artículo 36.- La Secretaría General podrá subsanar en cualquier tiempo sus actos anulables, corrigiendo el vicio de que adolezcan. En casos de vicios subsanables del procedimiento, la Secretaría podrá reponer la causa al estado anterior al momento en que se produjo el acto viciado.

Capítulo II

Del recurso de reconsideración

Artículo 37.- Los interesados podrán solicitar a la Secretaría General la reconsideración de cualquier Resolución de ésta, así como de cualquier acto que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o prejuzgue sobre el fondo del asunto debatido. Igualmente podrán solicitar la reconsideración de los actos de la Secretaría General que impongan medidas cautelares mientras tales medidas estén vigentes.

Artículo 38.- El error en la calificación del recurso no será obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

Artículo 39.- Al solicitar la reconsideración de actos de la Secretaría General, los interesados podrán impugnarlos, entre otros, por estar viciados en sus requisitos de fondo o de forma, e incluso por desviación de poder. Cuando el recurso verse sobre la existencia de pruebas esenciales para la resolución del asunto, que no estaban disponibles o que no eran conocidas para la época de la tramitación del expediente, deberá estar acompañado de tales nuevas pruebas.

Artículo 40.- Salvo que un acto sea impugnado por razones de incompetencia de la Secretaría General, o por lo previsto en Decisiones sobre temas especiales, al interesado recurrente corresponde probar los vicios que en su opinión afectan al acto recurrido.

Artículo 41.- El ejercicio de un recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo disposición expresa en contrario.

Sin embargo, de oficio o a petición del interesado, el Secretario General podrá disponer mediante auto la suspensión de los efectos del acto recurrido, mientras dure el procedimiento, cuando su ejecución pueda causar un perjuicio irreparable o de difícil reparación al interesado, no subsanable por la Resolución definitiva o si el recurso se fundamenta en la nulidad de pleno derecho del acto. Cuando sea necesario y se trate de personas naturales o jurídicas, el Secretario General podrá imponer en el mismo auto a la parte solicitante la presentación de una caución, como condición para la suspensión del acto.

Artículo 42.- De conformidad con el artículo 4, el Secretario General deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de sus competencias o que surjan con motivo del recurso, aunque no hubieran sido alegados por los interesados.

Artículo 43.- Interpuesto un recurso, el interesado no podrá impugnar el mismo acto ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mientras no se produzca la Resolución respectiva o no se venza el plazo que tenga la Secretaría General para resolver.

Artículo 44.- El recurso de reconsideración sólo podrá ser interpuesto dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la notificación del acto que se impugna. En el caso de recursos interpuestos contra actos que hubieran sido publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, el plazo se contará a partir de la fecha de la publicación. Transcurrido este plazo sin que sea recurrido, el acto quedará firme.

El Secretario General deberá resolver el recurso dentro de los treinta días siguientes al recibo del mismo. El Secretario General podrá extender este plazo hasta por quince días adicionales, cuando dicha prórroga sea necesaria para resolver el asunto. Contra la Resolución del recurso no se podrá interponer un nuevo recurso de reconsideración.

Artículo 45.- Los interesados no podrán solicitar la reconsideración del acto impugnado basándose en alegatos o pruebas no presentados durante el procedimiento original, salvo cuando se trate de pruebas que no hayan sido conocidas o estado disponibles durante la tramitación del expediente, o cuando no hubieren tenido la oportunidad de presentarlas.

Título V

De las reglas para los procedimientos administrativos

Capítulo I

De los procedimientos para la calificación de gravámenes o restricciones

Artículo 46.- Cuando los Países Miembros o particulares interesados consideren que una medida aplicada unilateralmente por un País Miembro constituye un gravamen o restricción al comercio intrasubregional, podrán dirigirse a la Secretaría General a fin de

solicitar su pronunciamiento.

Artículo 47.- Las solicitudes para la calificación de gravámenes o restricciones deberán presentarse por escrito y contener los siguientes requisitos:

- a) La identificación del solicitante salvo que se trate del organismo nacional competente, con indicación de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, así como el número de teléfono, telefax o correo electrónico que tuviere;
- b) La identificación y descripción de la medida que se impugna, acompañada de la mayor información disponible que permita el mejor pronunciamiento de la Secretaría General; y,
- c) Cuando corresponda, la identificación de la mercancía afectada por la medida de que se trate, con indicación de la correspondiente subpartida arancelaria NANDINA.

Artículo 48.- Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de una solicitud para la calificación de gravámenes o restricciones, la Secretaría General deberá analizar la documentación presentada, a los fines de determinar si la misma cumple con los requisitos exigidos en el artículo anterior. En caso contrario, notificará por escrito al solicitante sobre cualquier omisión o insuficiencia en la solicitud.

En caso de omisiones o insuficiencias en una solicitud, la Secretaría General concederá un plazo de quince días hábiles para la corrección de las omisiones o insuficiencias observadas. Si el solicitante no aportase los documentos exigidos o éstos fueren aún insuficientes, la Secretaría General podrá desestimar la solicitud. La Secretaría General se pronunciará, mediante una simple providencia, dentro de los tres días hábiles siguientes a la presentación de los nuevos documentos o, cuando éstos no se presenten, al vencimiento del plazo concedido, y notificará inmediatamente al solicitante. En caso de que la Secretaría General decida desestimar una solicitud por omisiones o insuficiencias en el escrito, la providencia que se adopte podrá ser recurrida de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del presente Reglamento.

Artículo 49.- Una vez que la Secretaría General encuentre que la solicitud cumple los requisitos contemplados por el artículo 47 del presente Reglamento, dará inicio a la investigación. La Secretaría General podrá igualmente iniciar investigaciones de oficio, cuando disponga de información con respecto a medidas aplicadas unilateralmente por un País Miembro que puedan constituir gravámenes o restricciones al comercio intrasubregional.

Artículo 50.- Dentro de los diez días hábiles siguientes al inicio de la investigación, la Secretaría General se deberá dirigir por escrito al País Miembro señalado. La comunicación de la Secretaría General deberá contener:

- a) La identificación y descripción de la medida de que se trate, acompañada de la información que resulte pertinente;
- b) Cuando corresponda, la identificación de la mercancía afectada por la medida de que se trate, con indicación de la correspondiente subpartida arancelaria

NANDINA; y,

- c) La indicación de un plazo no mayor de veinte días hábiles, el cual dependerá de la urgencia del caso, para que el País Miembro señalado pueda presentar su respuesta.

El envío de esta comunicación será notificado a los demás Países Miembros y al solicitante, mediante una nota que contendrá una descripción del objeto de la investigación y la indicación del plazo concedido al País Miembro señalado.

Artículo 51.- Durante el plazo concedido al País Miembro señalado para su respuesta, los demás Países Miembros podrán presentar los elementos de información que consideren pertinentes.

Artículo 52.- En caso de petición razonada del País Miembro señalado o de cualquier otro País Miembro, el plazo de respuesta podrá ser ampliado hasta diez días hábiles adicionales. La ampliación del plazo será notificada a los Países Miembros y al solicitante.

Artículo 53.- La Secretaría General informará sobre el contenido de las respuestas presentadas por el País Miembro señalado a los demás Países Miembros y al solicitante.

Artículo 54.- Dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para la respuesta del País Miembro señalado, la Secretaría General deberá emitir su Resolución calificando si la medida constituye o no un gravamen o restricción al comercio intrasubregional.

Artículo 55.- La Resolución que califique a una medida aplicada por un País Miembro como gravamen o restricción al comercio intrasubregional deberá contener:

- a) Los requisitos enumerados en el artículo 7 del presente Reglamento;
- b) La identificación y descripción de la medida de que se trate;
- c) Cuando corresponda, la identificación de la mercancía afectada por la medida de que se trate, con indicación de la correspondiente subpartida arancelaria NANDINA;
- d) La exposición de los motivos por los cuales la medida constituye un gravamen o restricción al comercio;
- e) La determinación de un plazo compatible con la urgencia del caso y que, salvo circunstancias excepcionales, no excederá de un mes, para que el País Miembro señalado retire el gravamen o restricción; y,
- f) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico comunitario que se estarían incumpliendo, de no retirarse el gravamen o restricción.

Capítulo II

De los procedimientos por incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

Artículo 56.- A los efectos de lo previsto en el artículo 24 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el País Miembro que considere que otro País Miembro ha incurrido en un incumplimiento de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrá dirigirse a la Secretaría General a fin de solicitar su dictamen. Los particulares interesados también podrán dirigirse a la Secretaría General a fin de denunciar el posible incumplimiento de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por parte de un País Miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

Artículo 57.- Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por la Secretaría General, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales la Secretaría General se hubiere pronunciado con anterioridad.

Artículo 58.- Las solicitudes para la determinación de un posible incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina deberán presentarse por escrito y contener los siguientes requisitos:

- a) La identificación y descripción de la medida o situación reclamada de que se trate, acompañada de toda la información disponible que permita el mejor pronunciamiento de la Secretaría General;
- b) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento;
- c) Cuando corresponda, la identificación de la mercancía afectada por la medida o situación reclamada de que se trate, con indicación de la correspondiente subpartida arancelaria NANDINA; y,
- d) En el caso de que el incumplimiento alegado consista en la aplicación de un gravamen o restricción al comercio, la identificación de la Resolución por medio de la cual se calificó el respectivo gravamen o restricción y la información que permita determinar que el gravamen o restricción se mantiene.

Cuando se trate de denuncias presentadas por un particular, el escrito deberá contener adicionalmente la identificación del interesado, con indicación de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, así como el número de teléfono, telefax o correo electrónico que tuviere. Asimismo deberá acreditar su condición de interesado en el caso.

Artículo 59.- Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de una solicitud o denuncia sobre un posible incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, la Secretaría General deberá analizar la documentación presentada,

a los fines de determinar si la misma cumple con los requisitos exigidos en el artículo anterior. En caso contrario, notificará por escrito al País Miembro solicitante y, en su caso, al particular denunciante, sobre cualquier omisión o insuficiencia en el escrito.

En caso de omisiones o insuficiencias en una solicitud o denuncia, la Secretaría General concederá un plazo de quince días hábiles para la corrección de las omisiones o insuficiencias observadas. Si el País Miembro solicitante o, en su caso, el particular denunciante, no aportase los documentos exigidos o éstos fueren aún insuficientes, la Secretaría General podrá decidir desestimar la solicitud o denuncia. La Secretaría General se pronunciará, mediante una simple providencia, dentro de los tres días hábiles siguientes a la presentación de los nuevos documentos o, cuando éstos no se presenten, al vencimiento del plazo concedido, y notificará inmediatamente al solicitante o denunciante. En caso de que la Secretaría General decida desestimar una solicitud o denuncia, por omisiones o insuficiencias en el escrito, la providencia que se adopte podrá ser recurrida de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del presente Reglamento.

Artículo 60.- Una vez que la Secretaría General encuentre que la solicitud cumple con los requisitos contemplados en el artículo 58 del presente Reglamento, dará inicio a la investigación. La Secretaría General podrá igualmente iniciar investigaciones de oficio, cuando disponga de información con respecto a posibles incumplimientos de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Las solicitudes o denuncias respecto de un incumplimiento originado en la aplicación de un gravamen o restricción previamente declarado, serán admitidas automáticamente.

Artículo 61.- Dentro de los diez días hábiles siguientes al inicio de la investigación, la Secretaría General formulará sus observaciones por escrito al País Miembro señalado, mediante una nota que deberá contener:

- a) La identificación y descripción del alegado incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente;
- b) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento;
- c) Cuando corresponda, la identificación de la mercancía afectada por la medida de que se trate, con indicación de la correspondiente subpartida arancelaria NANDINA;
- d) En el caso de que el incumplimiento alegado consista en la aplicación de un gravamen o restricción al comercio, la identificación de la Resolución por medio de la cual se calificó el respectivo gravamen o restricción; y,
- e) La indicación de un plazo no mayor de dos meses, el cual dependerá de la urgencia del caso, para que el País Miembro señalado pueda presentar su contestación. En el caso de incumplimientos flagrantes o cuando el incumplimiento alegado consista en la aplicación de un gravamen o restricción al comercio calificado por Resolución, el plazo concedido no podrá exceder de diez días hábiles.

El envío de la nota de observaciones será notificado a los demás Países Miembros y, en

su caso, al particular solicitante, mediante una comunicación que contendrá una descripción del objeto de la investigación y la indicación del plazo concedido al País Miembro señalado.

Artículo 62.- Durante el plazo concedido al País Miembro señalado para su respuesta, los demás Países Miembros podrán presentar los elementos de información que consideren pertinentes.

Artículo 63.- En caso de petición razonada del País Miembro señalado o de cualquier otro País Miembro, y salvo que se trate de incumplimiento flagrante o que el incumplimiento alegado consista en la aplicación de un gravamen o restricción al comercio calificado por Resolución, el plazo de respuesta a la nota de observaciones podrá ser ampliado hasta por diez días hábiles adicionales. La ampliación del plazo será notificada a los Países Miembros y al solicitante.

Artículo 64.- Dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para la contestación del País Miembro señalado, la Secretaría General deberá emitir su Resolución determinando si la medida o situación reclamada constituye o no un incumplimiento de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Artículo 65.- La Resolución que determine que la conducta de un País Miembro constituye un incumplimiento de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina deberá contener:

- a) Los requisitos enumerados en el artículo 7 del presente Reglamento;
- b) La identificación y descripción de la medida o situación reclamada de que se trate;
- c) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que están siendo objeto de incumplimiento;
- d) Cuando corresponda, la identificación de la mercancía afectada por la conducta de que se trate, con indicación de la correspondiente subpartida arancelaria NANDINA;
- e) La exposición de los motivos por los cuales la medida o situación reclamada constituye un incumplimiento; y,
- f) La indicación de un plazo compatible con la urgencia del caso y que, salvo circunstancias excepcionales, no excederá de un mes, para que el País Miembro señalado ponga fin al incumplimiento.

Artículo 66.- No obstante lo previsto en materia de notificaciones en este Capítulo, los expedientes en los casos de posibles incumplimientos de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina serán de acceso reservado hasta tanto se produzca la Resolución de la Secretaría General. En consecuencia, durante ese plazo, el acceso al expediente estará limitado a los funcionarios de la Secretaría General y a los Países Miembros.

Artículo 67.- Si la Secretaría General no emitiera su Resolución dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación del reclamo o si su determinación no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Capítulo III

De la participación de los Directores Generales y expertos especiales en los procedimientos administrativos

Artículo 68.- A los efectos de lo dispuesto en el Artículo 36 del Acuerdo de Cartagena, el Secretario General a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia designará a un Director General distinto a aquel a quien compete la sustanciación del procedimiento para que participe junto a este último, en calidad de experto especial, en los siguientes procedimientos:

- a) Las investigaciones tendientes a determinar la posible existencia de gravámenes o restricciones aplicados por Países Miembros al comercio intrasubregional; y,
- b) Las investigaciones tendientes a determinar la posible existencia de incumplimientos de obligaciones emanadas de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Artículo 69.- El Director General que haya sido designado como experto especial presentará un informe sobre los proyectos de Resoluciones que sean sometidos a consideración del Secretario General, en los procedimientos indicados en el artículo anterior. Este informe deberá ser considerado por el Secretario General en la adopción de la Resolución correspondiente y formará parte del expediente del caso.

La falta de entrega oportuna del informe por parte del experto especial no impedirá la adopción de Resoluciones por parte del Secretario General. Lo anterior no relevará al experto especial de la responsabilidad en que incurra por la falta de entrega oportuna del informe.

Artículo 70.- En caso de que un País Miembro lo solicite, el Secretario General podrá designar como experto especial para un caso, a una persona de reconocida competencia técnica externa a la institución, de entre la lista que haya confeccionado al efecto la Secretaría General. En este caso, el País Miembro que haya solicitado sufragará los gastos que genere esta modalidad. La designación de expertos especiales externos, se realizará conforme a las normas especiales que dicte el Secretario General.

La Secretaría General mantendrá una lista de personas para ser designadas como expertos especiales externos, la que previamente será puesta en conocimiento de los Representantes Titulares ante la Comisión. Los Países Miembros podrán proponer periódicamente nombres de personas para su inclusión en la lista, facilitando información pertinente sobre sus conocimientos en materia de comercio internacional y sobre otros sectores o temas específicos en el área de competencia de la Secretaría General. Dicha lista será puesta en conocimiento de cualquiera que la solicite.

La designación del experto especial externo a que se refiere el párrafo anterior, deberá ser coordinada con el País Miembro solicitante a fin de determinar su perfil profesional así como el monto de sus honorarios.

Para el nombramiento del experto especial externo se requerirá previamente del pago a través de la Secretaría General de los honorarios del experto por parte del solicitante. En tanto no se verifique dicho pago se suspenderá el procedimiento por un plazo máximo

de un mes, si transcurrido dicho plazo el pago no se efectuare, el procedimiento continuará conforme a lo previsto en el presente Reglamento y las normas que resulten aplicables sin la participación de expertos especiales externos.

Artículo 71.- Cuando se nombre un experto especial externo su informe será complementario al del Director General encargado de la sustanciación del procedimiento.

Título VI

Disposición Final

Artículo 72.- La Secretaría General adoptará las medidas administrativas complementarias que sean necesarias para su mejor aplicación, las cuales deberán sujetarse a lo previsto en el presente Reglamento.
El presente Reglamento entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Título VII

Disposiciones Transitorias

Artículo 73.- En caso de que con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento, entren en vigor modificaciones al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el Secretario General presentará a consideración de la Comisión las normas complementarias que puedan ser necesarias, dentro de las disposiciones contenidas en el presente Reglamento, a fin de adaptar los procedimientos administrativos a los nuevos requerimientos.

Artículo 74.- Los procedimientos administrativos iniciados durante la vigencia del Reglamento de la Junta del Acuerdo de Cartagena, se resolverán conforme al procedimiento previsto en dicho Reglamento. Los procedimientos que se hubieren iniciado con posterioridad a la derogatoria del Reglamento de la Junta y antes de la fecha de entrada en vigencia del presente Reglamento, se resolverán referencialmente conforme al primero.

Dada en la ciudad de Montevideo, Uruguay, a los catorce días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

REUNIÓN DEL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS
DE RELACIONES EXTERIORES EN FORMA
AMPLIADA CON LOS REPRESENTANTES
TITULARES ANTE LA COMISIÓN
16 de julio de 2005
Lima – Perú

DECISION 623

Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento

EL CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES DE LA COMUNIDAD ANDINA, EN REUNION AMPLIADA CON LOS REPRESENTANTES TITULARES ANTE LA COMISION,

VISTOS: El literal j) del Artículo 16 y el literal e) y f) del Artículo 20 del Acuerdo de Cartagena, los artículos 23, 24, 25 y 26 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 73 de la Decisión 425 que contiene el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General;

CONSIDERANDO: Que los artículos 23 y 24 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina remiten al Reglamento de la Secretaría General el desarrollo de las actuaciones de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento;

Que la Decisión 425 reglamentó los procedimientos por incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, en el marco del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.

Que el artículo 73 de dicha Decisión previó que en caso de que con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del mencionado Reglamento entraran en vigor modificaciones al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el Secretario General presentaría a consideración de la Comisión las normas complementarias que puedan ser necesarias a fin de adaptar los procedimientos administrativos a los nuevos requerimientos;

Que el Protocolo de Cochabamba modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina entró en vigencia el 25 de agosto de 1999, con posterioridad a la Decisión 425;

Que, por su propia naturaleza, la fase prejudicial de la acción de incumplimiento se distingue de otros procedimientos administrativos de la Secretaría General;

Que la Declaración Presidencial, pronunciada en ocasión del XV Consejo Presidencial Andino, celebrado en la ciudad de San Francisco de Quito el 12 de julio de 2004 consideró “necesario perfeccionar y fortalecer el sistema andino de solución de controversias”;

Que el Grupo Ad-Hoc de los Países Miembros para el Perfeccionamiento del Sistema Andino de Solución de Controversias, reunido en Lima el 25 y 26 de abril y del 7 al 9 de julio de 2005, recomendó aprobar un reglamento de la fase prejudicial de la acción

de incumplimiento, que fue puesto a consideración de la Comisión de la Comunidad Andina y del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores por dicho Grupo Ah-Hoc y la Secretaría General de la Comunidad Andina;
Que la Comisión de la Comunidad Andina presentó al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la correspondiente propuesta de Decisión;

DECIDE:

Aprobar el siguiente:

REGLAMENTO DE LA FASE PREJUDICIAL DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Artículo 1.- El presente Reglamento regirá las actuaciones de la fase prejudicial de la acción de incumplimiento establecida en la Sección Segunda del capítulo III del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Artículo 2.- En ejercicio de sus funciones otorgadas por los artículos 30 y 39 del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General podrá solicitar informaciones o mantener reuniones informativas dirigidas a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y lo previsto en el presente reglamento.
Las autoridades de los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas colaborarán en las investigaciones, solicitudes de información o convocatorias que realice la Secretaría General en desarrollo del presente reglamento.

Sección I

De la Fase Prejudicial prevista en el artículo 23 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Artículo 3.- De conformidad con lo previsto en el artículo 23 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, formulará por escrito sus observaciones.

La Secretaría General podrá actuar de oficio y formular sus observaciones sobre la base de su propia información o de aquella aportada por los Países Miembros y cualquier persona natural o jurídica. No obstante, si la información proporcionada por Países Miembros o personas naturales o jurídicas se ajusta a los requisitos previstos en el artículo 14 de la Sección II del presente Reglamento, se seguirá el procedimiento establecido en dicha Sección.

Artículo 4.- La nota de observaciones deberá estar dirigida a la autoridad nacional competente para efectos de los procedimientos previstos en la presente Decisión y deberá contener:

- a) La identificación y descripción de las medidas o conductas que la Secretaría General considera que configuran el incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente;
- b) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento;

- c) Las razones por las cuales la Secretaría General considera que las medidas o conductas del País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas;
- d) En el caso de que la Secretaría General considere que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante, las razones que sustenten dicha consideración; y,
- e) La indicación de un plazo prudencial compatible con la gravedad del caso para contestar las observaciones, que no deberá ser mayor de sesenta (60) días calendario ni menor de diez (10) días hábiles. En el caso de incumplimientos flagrantes o cuando el incumplimiento alegado consista en la aplicación de un gravamen o restricción al comercio calificado por Resolución, el plazo concedido no deberá exceder de veinte (20) días hábiles.

Artículo 5.- Una copia de la nota de observaciones será enviada a los demás Países Miembros, los cuales dispondrán, a partir de su notificación, del mismo plazo concedido en la nota de observaciones para presentar los elementos de información que consideren pertinentes.

Artículo 6.- La Secretaría General podrá prorrogar el plazo concedido para dar contestación a la nota de observaciones, siempre que la solicitud de prórroga sea presentada dentro del plazo concedido, exponga motivos razonables y además el plazo para contestar la nota de observaciones, incluida la prórroga, no exceda de sesenta (60) días calendario o de veinte (20) días hábiles en caso de incumplimientos flagrantes. La prórroga será comunicada y aplicada en sus efectos a los demás Países Miembros.

Artículo 7.- La Secretaría General, de oficio o a petición del País Miembro al cual se dirigió la nota de observaciones, podrá llevar a cabo reuniones con la finalidad de recabar información complementaria y, de ser el caso, de realizar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento. Estas reuniones se convocarán con por lo menos cinco días hábiles de anticipación y se llevarán a cabo dentro del plazo para contestar la nota de observaciones.

La Secretaría General admitirá la petición del País Miembro al cual se dirigió la nota de observaciones y fijará la fecha para la reunión informativa o facilitadora, siempre que dicha petición se haya formulado dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la recepción de la nota de observaciones.

En cualquier caso, la Secretaría General informará a los demás Países y las partes interesadas sobre la realización de reuniones.

La Secretaría General hará constar en acta el día y hora de la celebración de las reuniones, los nombres de los asistentes, un resumen de los puntos tratados y, de ser el caso, la indicación de las posiciones de los asistentes y sus firmas.

Artículo 8.- Vencido el plazo para contestar la nota de observaciones, la Secretaría General, dentro de los quince días hábiles siguientes, emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. El Dictamen podrá ser de incumplimiento o de cumplimiento.

Artículo 9.- El Dictamen de la Secretaría General deberá contener:

- a) Una relación de las actuaciones del procedimiento iniciado por la Secretaría General;
- b) La identificación y descripción de las medidas o conductas que fueron materia de la nota de observaciones;
- c) La referencia a la contestación a la nota de observaciones;
- d) La exposición de los motivos sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias;
- e) La conclusión de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias;
- f) La indicación o sugerencia de las medidas que le parezcan más apropiadas para corregir el incumplimiento;
- g) Cuando corresponda, la indicación de un plazo compatible con la urgencia del caso no menor de quince (15) ni mayor de treinta (30) días para que el País Miembro informe sobre las medidas dirigidas a corregir el incumplimiento o exprese su posición en relación con el Dictamen.

Artículo 10.- Contra el Dictamen no procederá recurso de reconsideración.

El País Miembro al cual se dirige el Dictamen, dentro de los quince días calendario siguientes a su notificación, podrá solicitar su aclaración. La Secretaría General dará respuesta a la solicitud de aclaración en el plazo de quince (15) días.

Artículo 11.- La Secretaría General podrá revisar su Dictamen, siempre que no se hubiere interpuesto una acción ante el Tribunal. En caso de haber cesado el incumplimiento y no se hubiere iniciado una acción ante el Tribunal deberá declararlo formalmente mediante un Dictamen de cumplimiento.

Si se hubiere solicitado el pronunciamiento del Tribunal, la Secretaría General le informará sobre el estado de cumplimiento.

Artículo 12.- Si el Dictamen fuere de incumplimiento y vencido el plazo a que se refiere el artículo 9, literal g), sin que el País Miembro informe sobre la adopción de medidas dirigidas a corregir el incumplimiento, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, en un plazo prudencial, el pronunciamiento del Tribunal.

En todo caso, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas podrán acudir al Tribunal de conformidad con los artículos 24 y 25 del Tratado del Tribunal.

La Secretaría General dará cuenta del cumplimiento de su deber de solicitar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia en su Informe Anual sobre el desempeño de su función de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Sección II

De la Fase Prejudicial prevista en los artículos 24 y 25 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Artículo 13.- De conformidad con lo previsto en los artículos 24 y 25 del Tratado del

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando un País Miembro o una persona natural o jurídica afectada en sus derechos considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones emanadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, formulará por escrito su reclamo.

Artículo 14.- El reclamo formulado por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos deberá contener:

- a) La identificación completa del reclamante;
- b) La expresión de que actúa conforme al artículo 24 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuando se trate de reclamos formulados por un País Miembro; o del artículo 25 cuando se trate de personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos;
- c) La identificación y descripción clara de las medidas o conductas que el reclamante considera que constituyen un incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente;
- d) La identificación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que estarían siendo objeto de incumplimiento;
- e) Las razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas; y,
- f) En el caso de que el reclamante considere que el incumplimiento tiene el carácter de flagrante, las razones que sustenten dicha consideración.

Cuando el reclamo sea presentado por un País Miembro deberá ser suscrito por la autoridad nacional competente para efectos de los procedimientos previstos en la presente Decisión o por quienes fueren acreditados por dicha autoridad.

Cuando el reclamo sea presentado por personas naturales o jurídicas deberá contener, adicionalmente, la indicación de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, así como el número de teléfono, telefax o correo electrónico. Asimismo, deberá acreditar su condición de persona natural o jurídica afectada en sus derechos, su representación legal o mandato así como la declaración de que no se ha acudido simultáneamente y por la misma causa ante un tribunal nacional.

Artículo 15.- Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción del reclamo, la Secretaría General deberá analizar la documentación presentada, a los fines de determinar si la misma cumple con los requisitos exigidos en el artículo anterior. En caso contrario, notificará por escrito al reclamante sobre cualquier omisión o insuficiencia.

En caso de omisiones o insuficiencias en un reclamo, la Secretaría General concederá un plazo de quince (15) días hábiles para la corrección de las omisiones o insuficiencias observadas. Si el reclamante no aportase la información exigida o ésta fuere aún insuficiente, la Secretaría General, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, podrá declarar inadmisibile el reclamo y lo notificará inmediatamente al reclamante. El pronunciamiento de la Secretaría General no impedirá que se adelante, de oficio, un

procedimiento con arreglo al artículo 23 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y al presente Reglamento.

Artículo 16.- Una vez admitido el reclamo, la Secretaría General enviará al País Miembro reclamado una nota que adjuntará copia del reclamo y le concederá un plazo que no deberá ser mayor de sesenta (60) días calendario ni menor de diez (10) días hábiles para que presente su contestación. En el caso de incumplimientos flagrantes o cuando el incumplimiento alegado consista en la aplicación de un gravamen o restricción al comercio calificado por Resolución, el plazo no deberá exceder de veinte (20) días hábiles.

La admisión del reclamo será comunicada a los demás Países Miembros, para que en el mismo plazo presenten los elementos de información que consideren pertinentes.

Artículo 17.- La Secretaría General podrá prorrogar el plazo concedido para dar contestación al reclamo, siempre que la solicitud de prórroga sea presentada dentro del plazo original, exponga motivos razonables para la concesión de la prórroga y además el plazo para contestar el reclamo, incluida la prórroga, no exceda de sesenta (60) días calendario o de veinte (20) días hábiles en caso de incumplimientos flagrantes. La prórroga será comunicada y aplicada a los demás Países Miembros.

Artículo 18.- La Secretaría General, de oficio o a petición del reclamante o de un País Miembro, podrá llevar a cabo reuniones con la finalidad de recabar información complementaria y, de ser el caso, de realizar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento. Estas reuniones se convocarán con por lo menos cinco (5) días hábiles de anticipación y se llevarán a cabo dentro del plazo sesenta (60) días siguientes a la notificación del reclamo.

La Secretaría General admitirá la petición para realizar la reunión y fijará la fecha para la reunión informativa o facilitadora, siempre que se haya formulado dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la notificación del reclamo.

En cualquier caso, la Secretaría General informará a los demás Países y a las partes interesadas sobre la realización de reuniones.

La Secretaría General hará constar en acta el día y hora de la celebración de las reuniones, los nombres de los asistentes, un resumen de los puntos tratados y, de ser el caso, la indicación de las posiciones de los asistentes y sus firmas.

Artículo 19.- Para facilitar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, la Secretaría General, de oficio o a petición de parte o de un País Miembro, podrá poner a su disposición expertos especiales, cuya forma de participación contemple gestiones tendientes a superar la situación reclamada.

Artículo 20.- Vencido el plazo máximo de sesenta (60) días para realizar las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, la Secretaría General, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, emitirá un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina que hubieren sido identificadas en el reclamo. El Dictamen podrá ser de incumplimiento o de cumplimiento.

Artículo 21.- El Dictamen de la Secretaría General deberá contener:

- a) Una relación de las actuaciones del procedimiento;

- b) La identificación y descripción de las medidas o conductas que fueron materia del reclamo;
- c) Una relación de los argumentos del reclamo y de la contestación;
- d) La exposición de los motivos de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias, sobre la base de los argumentos del reclamo y la contestación;
- e) La conclusión de la Secretaría General sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias;
- f) La indicación o sugerencia de las medidas que le parezcan más apropiadas para corregir el incumplimiento;
- g) Cuando corresponda, la indicación de un plazo compatible con la urgencia del caso, no menor de quince (15) ni mayor de treinta (30) días, para que el País Miembro informe sobre las medidas dirigidas a corregir el incumplimiento o exprese su posición en relación con el Dictamen.

Artículo 22.- Contra el Dictamen no procederá recurso de reconsideración.

El reclamante o el País Miembro al cual se dirige el Dictamen, dentro de los quince días calendario siguientes a su notificación, podrá solicitar una aclaración. La Secretaría General dará respuesta a la solicitud de aclaración en el plazo de quince (15) días.

Artículo 23.- La Secretaría General dispondrá el archivo del expediente, cuando el interesado desista de su reclamo antes de la emisión del Dictamen.

Si en desarrollo de los procedimientos a que se refiere la presente Sección, la Secretaría General encuentra que el posible incumplimiento abarca aspectos distintos a los contenidos en el reclamo, formulará por escrito sus observaciones, con arreglo a lo previsto en el artículo 23 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Sección I del presente Reglamento.

Sección III

Disposiciones Comunes y Finales

Artículo 24.- Se considerará flagrante un incumplimiento cuando éste sea evidente, en casos tales como la reiteración de un incumplimiento por parte de un País Miembro, previamente declarado por el Tribunal de Justicia, incluso cuando éste continúe mediante instrumentos formalmente distintos, o cuando el incumplimiento recaiga sobre aspectos sustantivos sobre los cuales el Tribunal de Justicia se hubiere pronunciado con anterioridad.

Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas podrán proporcionar información sobre el asunto materia de la investigación en la fase prejudicial, dentro del plazo para contestar la nota de observaciones o para realizar gestiones dirigidas a subsanar el incumplimiento. La Secretaría General remitirá la información recibida para el conocimiento del País Miembro al cual se dirige la nota de observaciones o el reclamo.

Artículo 26.- A efectos de garantizar la transparencia, la Secretaría General mantendrá un registro de los reclamos y de las notas de observaciones, que será publicado en el sitio oficial de internet de la Secretaría General.

Artículo 27.- La Secretaría General garantizará el acceso al expediente en cualquier estado o grado de la fase prejudicial de incumplimiento, para examinarlo, leerlo y copiar cualquier documento contenido en éste, salvo aquellos que conforme a la normativa comunitaria revistan expresamente carácter confidencial. Igualmente, a costo del solicitante, expedirá copias certificadas de actuaciones contenidas en el expediente. A solicitud de cualquier persona, la Secretaría General informará del estado de la tramitación de sus expedientes.

Artículo 28.- Cuando lo solicite el interesado el Secretario General podrá declarar confidenciales determinados documentos que sean presentados, siempre que éstos no hubieran sido divulgados y su divulgación pudiera ocasionar perjuicio a la parte que los proporcionó o a un tercero.

El interesado que solicite la confidencialidad sobre documentos presentados deberá justificar su petición y acompañar un resumen no confidencial, el cual formará parte del expediente público.

Si la petición de tratamiento confidencial no cumpliera con los requisitos establecidos en el párrafo anterior la Secretaría General la denegará. Contra dicho pronunciamiento no se admitirá recurso. Sin embargo, la parte que proporcione la información a condición de que ésta sea tratada en forma confidencial, podrá retirarla, en cuyo caso la Secretaría General no podrá tenerla en cuenta. La confidencialidad cesará en cualquier momento a solicitud del interesado.

Los documentos confidenciales figurarán en un anexo reservado del expediente y no podrán ser divulgados a terceros, salvo su remisión al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Artículo 29.- Los Dictámenes de la Secretaría General se publicarán en una Sección Especial de la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Artículo 30.- A los efectos de lo dispuesto en el Artículo 36 del Acuerdo de Cartagena, el Secretario General de oficio o a solicitud de una de las partes, podrá designar como experto especial para un caso, a una persona, externa a la institución y de reconocida competencia, para que emita un concepto técnico. En este evento, la parte que haya solicitado la participación del experto, sufragará los costos a que haya lugar.

La designación del experto especial deberá ser coordinada con las partes a fin de determinar su perfil profesional así como el monto y la responsabilidad del pago de sus honorarios. Así mismo, su designación y forma de participación se realizará conforme a las disposiciones administrativas que dicte el Secretario General.

Serán aplicables al presente reglamento los artículos 68, 69 y 71 del Capítulo III del Título V de la Decisión 425.

Artículo 31.- La Secretaría General someterá a consideración del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina y del Parlamento Andino un informe anual sobre la aplicación en los Países Miembros del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que incluirá información sobre el cumplimiento de las funciones de la Secretaría General previstas en el Acuerdo de

Cartagena, en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el presente Reglamento.

Artículo 32.- Los plazos previstos en el presente Reglamento se computarán en días calendario salvo que se indique expresamente que corresponde a días hábiles. Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al día hábil siguiente. Los plazos previstos en el presente Reglamento obligan por igual a los Países Miembros y a la Secretaría General.

Artículo 33.- Cada País Miembro, a través de su representante plenipotenciario ante la Comisión, comunicará a la Secretaría General, en el plazo de 30 días a partir de la entrada en vigencia de la presente Decisión, las autoridades nacionales competentes para efectos de los procedimientos previstos en este Reglamento.

Artículo 34.- Serán aplicables a los procedimientos previstos en el presente Reglamento los principios consagrados en el Capítulo II del Título I del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, contenido en la Decisión 425.

Artículo 35.- El presente Reglamento será aplicable a los procedimientos en curso, a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Artículo 36.- Se deroga el Capítulo II del Título V así como las referencias al procedimiento por incumplimiento del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General contenido en la Decisión 425.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los dieciséis días del mes de julio del año dos mil cinco.